

PRESENTACIÓN

La obra colectiva que se presenta es resultado de la investigación llevada a cabo por un grupo de profesores e investigadores en Derecho Constitucional de varias universidades españolas en los últimos tres años y medio. Dicha investigación se ha realizado en el marco del subproyecto «Instrumentos contramayoritarios en la democracia constitucional», que formaba parte del proyecto coordinado de investigación con la Fundación Manuel Giménez Abad «El control y responsabilidad política en el Estado constitucional con especial referencia al Parlamento en el contexto multinivel», concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación en la convocatoria de 2019. Asimismo, esta investigación ha continuado bajo la cátedra Jean Monnet en Democracia Constitucional Europea (EUCODEM), cuyo inicio se sitúa en septiembre de 2023.

Partimos de la idea, asentada en la teoría constitucional y política, de que el populismo erosiona los contrapoderes políticos y jurídicos en el Estado democrático y constitucional de Derecho, lo que lleva a que el gobierno y la mayoría parlamentaria que lo sostiene se erijan en un poder omnímodo, con el argumento de su legitimidad democrática. Pero este planteamiento supone una quiebra de la democracia constitucional, que se basa en el equilibrio entre los poderes de decisión y los de control. Frente a ella se erigen la democracia iliberal y el autoritarismo electivo. Hoy día no estamos solo ante categorías académicas o programas políticos, sino que, en algunos Estados en el mundo, y en concreto en Europa, sus mayorías políticas han adoptado reformas constitucionales y legislativas, así como prácticas de gobierno, que permiten encuadrarlas dentro de dichas categorías. El populismo constitucional suele utilizarse como etiqueta genérica para aludir a estas nuevas realidades. Somos conscientes de la existencia de varios tipos de populismo, según la ideología de quienes lo profesan o la procedencia geográfica de los regímenes políticos así calificados.

También de la dificultad de definir sus rasgos característicos, además del sentido peyorativo del término populismo. Todo ello lleva a rechazar el uso del mismo por parte de sectores académicos y, como regla general, por políticos, grupos o gobiernos respecto a los cuales se utiliza. Por ello, en su lugar cada vez es más común referirse a estas derivas político-constitucionales como iliberales y a los Estados donde se implantan, como democracias liberales. Nosotros en esta obra utilizamos ambas denominaciones de forma indistinta como marco de referencia o contexto en el que se ponen a prueba las constituciones liberal-democráticas y sus instituciones de control del poder.

Ha sido el primer ministro de Hungría, Orbán, el que ha popularizado la categoría democracia iliberal, aunque en sus discursos juegue con cierta ambigüedad: la democracia iliberal se opone a la democracia liberal. Pero no está claro qué sentido da a la misma: ¿es sinónimo de democracia constitucional? ¿O más bien se utiliza para rechazar lo que en el mundo anglosajón se identifica como «liberal», esto es, progresista o lo que hoy se suele denominar «wokismo»? En el primer caso, la democracia liberal designa de manera simplificada la forma de estado del Estado democrático y constitucional de Derecho y afecta sobre todo al plano de la legitimidad del poder (principio democrático) y sus límites (Estado de Derecho), así como a las relaciones entre las instituciones de gobierno y las de control. En el segundo caso, en cambio, la democracia liberal alude más bien al modelo de sociedad, así como a los valores y derechos fundamentales que la definen. Mientras que en la primera acepción la democracia liberal se opone a la iliberal entendida como primacía de lo político sobre lo jurídico o del origen del poder sobre su control, en la segunda acepción la democracia iliberal se identifica con el respeto a la identidad nacional y los valores colectivos en los que se sustenta.

Son dos planos teóricamente distintos. Una mirada a lo que ocurre en los países que suelen calificarse como democracias liberales nos muestra que lo que tienen en común es más el cuestionamiento de la democracia constitucional, con sus *checks and balances* y el entendimiento de la Constitución como límite al poder de la mayoría, que los valores y principios que defienden, en que las diferencias son notables entre los distintos populismos o iliberalismos. Es, pues, en el primer plano en el que vamos a fijar nuestra atención en esta obra porque es el que amenaza los pilares del Estado constitucional y democrático de Derecho. Otra cosa es que los populismos utilicen sus mayorías parlamentarias, sin consensos amplios, para petrificar determinados principios y derechos en la Constitución, en detrimento del pluralismo político.

Pero, lo que es más importante, el término democracia iliberal muestra de forma más clara que el de populismo lo que pretenden sus

impulsores: re-equilibrar o des-equilibrar, según quién lo sostenga, los *checks and balances* de la democracia liberal, dando primacía a la legitimidad popular y a los poderes que emanan de la voluntad popular sobre los poderes de control. En esta obra, como en el proyecto, nos referimos de forma genérica a ellos como «contrapoderes» o «instrumentos contramayoritarios», para subrayar su posición y sus funciones respecto al poder de la mayoría, que trasciende al gobierno y que tampoco se puede identificar solo con la mayoría parlamentaria. Es habitual identificar a la justicia constitucional en Estados Unidos por su función contramayoritaria (del Ejecutivo y de la mayoría del Congreso o de los Estados) y Rosanvallon, al hablar de la «contrademocracia», incluye mecanismos variados de oposición o límite a la mayoría, tanto institucionales como extrainstitucionales. Contrapeso es más amplio que control —y sus distintas modalidades—, salvo que se utilice una noción de control cuasi omnicompreensiva. El control suele ser una función de las instituciones contramayoritarias, pero no las agota. El prefijo «contra» significa oposición, contrariedad (*RAE*), lo cual entraña reacción a quien toma la iniciativa o decide. Cada sustantivo que acompaña al prefijo tiene su matiz, constitucionalmente relevante: democracia, poder, mayoría, aunque ahora no podamos profundizar sobre ello. La idea que resumen los *checks and balances* es más general y se refiere al equilibrio entre poderes y límites entre unos y otros. Nuestra atención se centra en los límites a los poderes de decisión, consustanciales a la democracia constitucional.

Los tipos de control cambian, como heterogéneos son los contrapoderes. Las segundas cámaras, el referéndum o los poderes territoriales reúnen ambas características: son instituciones electivas, con legitimidad democrática propia, a la vez que ejercen funciones de contrapeso a la otra cámara y al Gobierno, en los dos primeros casos, o al poder central en el caso de los entes territoriales autónomos. Además de estos, ostentan la legitimidad de función, el poder judicial y la justicia constitucional, como órganos de control jurisdiccional, elemento claves del Estado constitucional de Derecho. También ocurre con las autoridades independientes, sobre todo aquellas que ejercen una función de control en ámbitos especializados (derechos fundamentales, libertad económica, supervisión electoral...) sobre el gobierno en donde el componente experto o técnico es lo más relevante. Distinta es la función del Jefe del Estado en los sistemas parlamentarios, de tipo representativo de la Nación y moderador entre los poderes públicos, por tanto, garante de los equilibrios entre poderes, previstos constitucionalmente. En el caso de la Corona, se añade la legitimidad histórica. En todos los casos de órganos no directamente políticos con legitimidad democrática, la independencia —acompañada en varios casos de la neutralidad y la imparcialidad— del órgano es fundamental para poder desarrollar debidamente las funciones que el ordenamiento les encomienda.

Pero la idea de equilibrio también tiene una vertiente dinámica que se refiere a la participación en las decisiones de otro ente, órgano u organización supranacional, o la cooperación entre ellos, o incluso a la intervención de las instituciones representativas en el nombramiento de los miembros de algunos contrapoderes o de sus órganos de gobierno (Poder Judicial). De este modo, se equilibra el objetivo de la independencia con el de la legitimidad democrática. Finalmente, la limitación del poder a través de la división y el equilibrio entre poderes tiene una dimensión finalista fundamental: la garantía de la libertad y los derechos fundamentales en que se concreta. Por ello, decíamos que el diseño institucional en un Estado puede contribuir a potenciar o a limitar los derechos.

Conviene distinguir la democracia iliberal del régimen autoritario electivo, en el que se siguen convocando elecciones periódicas, aunque no sean normalmente ni lo suficientemente libres ni justas. Ello es así por carecer, tanto de la garantía de neutralidad gubernamental en la campaña o la financiación pública, como de órganos de supervisión fiable, ya que normalmente está en manos del Ejecutivo o de autoridades electorales que no reúnen los requisitos de independencia e imparcialidad. Además de ello, el ejercicio del poder se lleva a cabo de forma autocrática, con limitaciones a la oposición y a la autonomía de la sociedad civil organizada, poderes locales e iglesias. Pero no siempre es difícil distinguir un régimen autoritario electivo de una democracia iliberal o del populismo constitucional. Es cuestión de grado al que se llega en la quiebra de la democracia y sus instituciones, no solo en el plano normativo sino también en el de la cultura política de los respectivos Estados: allí donde hay una cultura política asentada y una tradición de separación entre poderes públicos y sociedad así como de institucionalidad, las reformas normativas son menos distorsionantes del modelo democracia liberal o constitucional porque las resistencias sociales y de la opinión pública son más intensas que allí donde se carece de esa tradición de limitación del poder. En el contexto europeo, se dan casos de democracias iliberales, y solo en sus bordes por el Este y el Sur algunos autoritarismos electivos (*e.g.* Rusia y Turquía).

La puesta en crisis de la democracia propia de los populismos o los iliberalismos se produce desde el interior de las instituciones de poder y con la colonización de los contrapoderes por la mayoría o por los partidos. Y es gradual. Todo ello a diferencia de los golpes de estado o revoluciones. Por ello hablamos de erosión democrática. Cuesta detectarla al inicio y reaccionar contra ella porque se requiere ordenar las distintas piezas o actuaciones, y porque sus autores se amparan en la defensa de la democracia misma y en la voluntad del pueblo para ir socavando los contrapoderes, sobre todo los judiciales. Cuando, en cambio, ya es evidente el daño causado a la democracia constitucional, la reacción y su reversión se vuelve más costosa porque las instituciones de garantía

y control han sido colonizadas por el poder político y se muestran sumisas y complacientes o al menos muy deferentes con el mismo.

Por ello, ante tal situación, muchas miradas en los países europeos se vuelven hacia organizaciones inter o supranacionales, como el Consejo de Europa y la Unión Europea y sus diferentes instituciones políticas, técnicas o judiciales. Estas se perciben, cada vez más, como tabla de salvación para hacer frente al populismo o iliberalismo en el poder. Lo que muestra la experiencia de los países donde se ha ido más lejos hasta ahora en las violaciones sistémicas del Estado de Derecho y la deriva iliberal de sus instituciones es que al final corresponde a la ciudadanía la tarea fundamental de cambiar de mayoría para poder revertir la situación (Polonia). Las instituciones y órganos europeos son más bien, lo que no es poco, atalayas de observación y redes de seguridad, cada vez más eficaces en la denuncia y sanción de las lesiones al Estado de Derecho, como se está viendo en la actuación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por una parte, y de los mecanismos creados al efecto por la Comisión Europea (el criterio de condicionalidad vinculado al cumplimiento del Estado de Derecho para la distribución de fondos que opera desde 2022 se ha mostrado eficaz para frenar ciertas actuaciones en Hungría). Los órganos del Consejo de Europa, particularmente la Comisión de Venecia y el GRECO, han actuado como vigilantes del cumplimiento de estándares europeos sobre el Estado de Derecho y la independencia judicial en los Estados miembros.

En el marco conceptual y de la realidad que se ha avanzado, esta obra pasa revista a la regulación y al funcionamiento de las instituciones y órganos cuya razón de ser es o incluye la limitación del poder de la mayoría de gobierno, y se detiene a analizar qué principios orientan las funciones de cada institución y a detectar los déficits de normación y de actuación de los mismos. Es un estudio jurídico-constitucional sobre todo centrado en el caso español, en las instituciones y órganos generales del Estado, pero con atención al Derecho comparado, al Derecho europeo y al Derecho transnacional (Comisión de Venecia). Trata de combinar lo descriptivo de la situación actual del funcionamiento de cada institución o aspecto analizado con un análisis crítico de su regulación constitucional y legislativa, para concluir con algunas propuestas de reforma o interpretación que mejoren la regulación o el funcionamiento para corregir derivas iliberales o de colonización de las instituciones y órganos por partidos o por la mayoría.

Un análisis más detenido de la situación de crisis de la democracia provocada por el populismo o el iliberalismo muestra que, junto con el estudio de los contrapoderes constitucionales, es preciso también tener en cuenta cómo esas corrientes ideológicas inciden sobre el ejercicio de la democracia representativa y pluralista. El Parlamento, de

entrada, expresa la voluntad popular, como defienden los populistas, de ahí que se atribuya a este —en realidad se refieren a la mayoría de gobierno— la elección de los miembros de los órganos de control, con lo que difícilmente pueden erigirse en poderes contra-mayoritarios. Los populistas también introducen límites a la representación y a uno de sus elementos fundamentales: el mandato libre de los parlamentarios, a la vez que se minusvalora el papel que juega la oposición parlamentaria. Esto afecta al carácter pluralista y deliberativo de la democracia. Pero sobre todo los populismos tratan de contraponer, en el plano simbólico y, cuando es posible, en la forma de ejercicio de la democracia, a las instituciones representativas el referéndum o bien mecanismos de democracia participativa —según el tipo de populismo de que se trate. Por esto, hay que subordinar la actuación parlamentaria a las formas de participación directa, en tanto que manifestaciones auténticas de la voluntad popular. La mejora de la calidad democrática y de la relación representativa entre representantes y representados, de las que nos ocupamos ya en otro libro colectivo anterior (*Libro blanco sobre la calidad democrática en España*, 2018) se erigen como objetivos por lo menos tan necesarios y oportunos como entonces.

La protección de algunos derechos fundamentales desde una perspectiva multinivel, como la libertad de información y el derecho de manifestación, forma parte de los mecanismos jurídicos que tanto en el plano subjetivo como sobre todo en el objetivo contribuyen a la salud de nuestras democracias frente a nuevos peligros procedentes del uso de internet, la inteligencia artificial o de la utilización desde el poder del derecho de manifestación. Una opinión pública libre y una ciudadanía activa son indispensables para el fortalecimiento de la democracia, como también una comprensión del principio de igualdad que no lleve a amparar el derecho a la diferencia de grupos y colectivos, que tienden a crear compartimentos estancos regidos por leyes particulares y zonas de inmunidad de control en el interior de los mismos.

Atendiendo a las reflexiones que se acaban de efectuar, y que constituyen el trasfondo de la obra, esta se divide en cuatro partes. La primera contiene un análisis teórico e histórico de los equilibrios entre poderes y los límites al poder, en el que se analiza, en primer lugar, cómo el populismo socava la democracia tanto en su dimensión constitucional como en la representativa, así como vías posibles de actuación normativa para paliar o revertir sus efectos (Josep M^a Castellà). En segundo lugar, se lleva a cabo una mirada externa o histórica, en que se fija la atención en la Escuela de Salamanca y en cuáles son los tipos de límites al poder que plantean Vitoria y Suárez (Roger Boada).

A continuación, la segunda parte se centra en la relación entre democracia representativa y democracia directa o, en concreto, el referéndum. Este es, como se ha indicado, uno de los temas clave en

que coinciden los diferentes populismos, y que pone sobre la mesa la cuestión de los límites a la mayoría parlamentaria sea en las decisiones ordinarias sea en el momento del cambio constitucional. Abordamos esta cuestión desde una doble perspectiva: la primera, el fortalecimiento de la centralidad del Parlamento como antídoto frente al iliberalismo, a través sobre todo de la función de control al Gobierno (Daniel Fernández) y de la posición y funciones de la oposición parlamentaria. En este caso son de gran apoyo las consideraciones efectuadas por la Comisión de Venecia (Luis Gaspar). También se plantea si es posible mejorar la representación política a través de la participación organizada de grupos y minorías como cada vez se plantea en más sitios con el fin de proteger a colectivos de distinto orden (territoriales, vulnerables, etc.), y si ello tiene incidencia en la función contramayoritaria al interior de los Parlamentos (Oriol Rodríguez). La segunda perspectiva aborda el papel del referéndum en España que es, como regla, más complementario de las instituciones representativas que contrapoder, aunque en determinados casos pueda cumplir esta función (Reyes Pérez Alberdi). Finalmente, se aborda una cuestión particular, pero de gran actualidad: el recurso a órganos constituyentes distintos del Parlamento y a mecanismos participativos que separan la elaboración de una constitución de la legislación ordinaria, a la luz de la experiencia comparada y chilena reciente en especial (Francisco Soto).

En la tercera parte se aborda la afectación del populismo a la democracia en su dimensión constitucional. Esto es, cómo otros poderes del Estado, las autoridades independientes y las entidades infra y supra estatales actúan como contrapoderes políticos y jurídicos del Gobierno y el Parlamento, en concreto, de la mayoría parlamentaria. Así, en primer lugar, se toma en consideración a diferentes instituciones y órganos del Estado y la forma en que ejercen como contrapesos: la Jefatura del Estado, en particular la Corona, y sus funciones de moderación entre poderes (Enriqueta Expósito), la utilización cada vez más habitual por el gobierno del decreto ley como respuesta a la debilidad del Parlamento (Esther Martín) y el Defensor del pueblo, a caballo entre sus funciones de control y de propuesta, y que genera una deliberación interinstitucional y con la ciudadanía (Guillermo Escobar). Atención particular merecen las autoridades independientes y su relación con el Parlamento, lo que se focaliza en el sistema de nombramiento y el control parlamentario de las mismas (Marco Antonio Simonelli), con el estudio de caso de las instituciones fiscales independientes (Antonio-Martín Porras). El Tribunal Constitucional es tratado, sobre todo, en su ineludible dimensión política de defensa de la Constitución (Luis Landauri y Pablo Nuevo). Por último, de forma transversal a las instituciones estudiadas, se aborda el principio de independencia como elemento clave para el ejercicio de las funciones constitucionales y legislativas de forma debida y como barrera de separación frente a

injerencias externas (Sara Alemán). En segundo lugar, se completa el análisis de los contrapoderes desde una perspectiva externa o relacional, que tiene en cuenta la dimensión multinivel del constitucionalismo contemporáneo, sobre todo, del europeo. En este contexto se estudia si y cómo las Comunidades Autónomas actúan, entre las varias funciones que llevan a cabo, como contrapoder del Estado central (Esther Seijas) y cómo la Unión Europea se ha erigido en verdadero contrapoder político de los Estados miembros, además de ámbito de decisión pública más allá de los ámbitos económicos, lo que se observa claramente en la tarea de promoción del Estado de Derecho (Núria González Campañá).

Por último, la cuarta parte de la obra aborda la cuestión de los contrapoderes en la democracia constitucional desde la perspectiva de los derechos fundamentales y cómo estos introducen límites al poder político. Un sistema vigoroso de derechos fundamentales, particularmente de las libertades públicas y de los derechos políticos, supone una barrera efectiva a la hegemonía del populismo. Para ello hemos tomado en consideración algunos derechos fundamentales por su particular incidencia en el tema del libro. Así, es fundamental el rol que juega la opinión pública y el derecho de manifestación como elemento crítico respecto al poder (Charo Tur). También los problemas que plantea el acceso a internet como elemento democratizador en el ejercicio de la libertad de información y de expresión sin mediaciones institucionales (Loreto Segura). El juicio de igualdad juega un papel destacado a la hora de conformar la relación entre los distintos tipos de mayorías y minorías y su control por el Tribunal Constitucional (Elia Marzal). Por último, el sistema internacional de protección de los derechos humanos, en particular el interamericano, puede suponer un choque entre la soberanía de los Estados y los equilibrios constitucionales internos a la vista del efecto expansivo que la Corte de San José ha dado a los derechos humanos (Juan Tello).

El libro no agota los asuntos susceptibles de ser tratados. Se ha tenido en cuenta sobre todo la realidad institucional española. Así, no está el Senado porque no es un verdadero contrapoder sino más bien una cámara débil de segunda lectura con algunas funciones concretas que sí entran en la dinámica de las relaciones entre poderes: su participación en la reforma constitucional casi en igualdad de condiciones que el Congreso, o las medidas que se dictan al amparo del art. 155 CE para controlar políticamente de forma extraordinaria a las Comunidades Autónomas que atenten contra el interés general. El nombramiento de los miembros de órganos de control como el Tribunal Constitucional o el Defensor del Pueblo se aborda con carácter general en algunos capítulos. Tampoco se ha estudiado específicamente el Poder judicial como tal ni su órgano de gobierno, el Consejo General del Poder Judicial, pero algunos problemas que plantea su diseño y su funcionamiento han sido objeto de análisis en la obra. Queda para trabajos posteriores

un estudio detenido de los derechos fundamentales como ámbitos autónomos respecto al Estado, cuya neutralidad se predica, y por ello mismo barreras al avance del populismo (libertad religiosa, académica, ideológica, etc.), sobre todo en su dimensión institucional (confesiones religiosas, universidades o partidos) y desde una perspectiva multinivel, con la garantía judicial de tribunales europeos.

La obra colectiva reúne a un amplio grupo de académicos constitucionalistas, participantes en el proyecto, procedente de varias universidades españolas, la mayoría de ellos de universidades catalanas, los cuales forman parte del Grupo de Estudios sobre Democracia y Constitucionalismo (GEDECO) y la cátedra Jean Monnet de la Universidad de Barcelona en Democracia Constitucional Europea (EUCODEM). Algunos, además, participaron en un proyecto europeo Horizon 2020 dedicado a la democracia europea ante la amenaza populista (DEMOS). Se puede advertir que el grupo reúne una notable experiencia en el estudio del populismo constitucional y su afectación a las democracias constitucionales o liberales. Han contribuido a esta publicación académicos consolidados, profesores más jóvenes, así como doctorandos e investigadores postdoctorales. Todo ello ha generado una dinámica de trabajo en seminarios que enriquece la obra. Este es precisamente uno de los activos principales de nuestro grupo de investigación que nos parece pertinente resaltar.

La oportunidad de esta obra en el debate constitucional español parece indudable. Una de las conclusiones a las que se llega con la lectura de las distintas aportaciones es precisamente que ninguna democracia, ni siquiera las consolidadas, quedan al margen de los envites del populismo. Nuestra mirada analítica suele detectarlos rápidamente en democracias jóvenes o inestables —y lejanas—, pero cuesta más asumir que la amenaza iliberal se pueda propagar, incluso de forma más rápida de lo esperado y deseado, en democracias consolidadas y en España. Por ello hay que estar atentos a las observaciones, redactadas en un lenguaje a veces demasiado cauto, sobre algunos elementos que configuran el Estado de Derecho, en los informes anuales de la Comisión Europea desde 2020, así como a las rondas de evaluación de GRECO, en particular en relación con las recomendaciones sobre el cumplimiento de los estándares europeos respecto al órgano de gobierno del Poder Judicial y el Fiscal General del Estado. O a los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la designación de ciertos cargos públicos al frente de órganos del Estado o de autoridades independientes como la Agencia Estatal de Protección de datos. La sociedad española conserva resortes importantes para hacer frente a esta deriva.

Antes de acabar es justo agradecer a los que han hecho posible la publicación de este libro. A los doctorandos Sara Alemán y Javier Moreno, de la Universidad de Barcelona, que se han ocupado eficazmente

de las tareas de edición. A la editorial Marcial Pons y Lola Fisac, por haber dado todas las facilidades para una rápida publicación. Y a la Fundación Manuel Giménez Abad y su director, José Tudela, por la contribución a la financiación de la obra, además de los fondos procedentes de la cátedra Jean Monnet EUCODEM.

Josep M.^a CASTELLÀ ANDREU
Enriqueta EXPÓSITO