

Errores en la creación y aplicación del derecho

Flavia Carbonell Belloio

Carolina Fernández Blanco (eds.)

ISBN: 979-13-87913-34-2

Madrid, 2025 pp. 115-143

DOI: 10.37417/errores-creacion-aplicacion-derecho/04

Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International Licens

DEBIDO PROCESO LEGISLATIVO Y CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES

A. Daniel OLIVER-LALANA*

Resumen: El propósito del capítulo es discutir el papel que desempeñan los principios de *debido proceso legislativo* en el control judicial de la legislación parlamentaria, para lo cual se toma como referencia la doctrina del Tribunal Constitucional español (TC) sobre vicios del (y en el) procedimiento de producción de leyes. Según esta doctrina, tan solo aquellos vicios que alteren de modo «sustancial» la formación de la voluntad del parlamento pueden acarrear la inconstitucionalidad e invalidez de una ley (o de una decisión intraparlamentaria sobre los trámites seguidos en su elaboración). El trabajo se estructura en cuatro partes. En la primera, intentaré trasladar la distinción entre «reglas» y «principios» al contexto de la producción legislativa, para mostrar después, al hilo de la doctrina el TC, que la validez (formal-procedimental) de una ley no solo resulta de la observancia de las reglas procedimentales derivadas de la constitución o los reglamentos de las cámaras, sino que puede también depender de los principios subyacentes a dichas reglas. Es decir, seguir las reglas de procedimiento legislativo no siempre basta para producir leyes formalmente válidas, al igual que no cualquier desviación de esas reglas comporta tacha de inconstitucionalidad o invalidez. Esto enlaza con otra cuestión: los principios de debido proceso legislativo que justifican las reglas de la legalidad parlamentaria entran con frecuencia en colisión, por lo que decidir si una alteración en la formación de la voluntad legislativa es «sustancial» e implica invalidez e inconstitucionalidad puede requerir de algún ejercicio ponderativo. En la tercera parte, ensayaré una reconstrucción de cómo podrían operar esas ponderaciones, que suelen ser bastante opacas en la jurisprudencia del TC. Por último,

* Universidad de Zaragoza. Por sus comentarios, críticas y sugerencias estoy en deuda con José Luis Bermejo, Jesús Delgado, Álvaro Núñez y Eva Sáenz, así como con los participantes en las jornadas «Errores y aciertos legislativos» (Universitat de Girona, 2023), en especial con Carolina Fernández-Blanco. El texto es una versión revisada y abreviada de «Principios de debido proceso legislativo en el control judicial de las leyes», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* 26 (2023), pp. 225-261.

quisiera plantear que, aun cuando el TC clarificase su argumentación ponderativa sobre vicios del (y en el) procedimiento legislativo, su doctrina seguiría siendo insatisfactoria, por cuanto descarta que los defectos no invalidantes y, en general, la mejor o peor calidad del proceso legislativo sean factores que deban considerarse en el control material de la legislación como resultado (por ejemplo, al analizar la proporcionalidad del contenido de una medida legislativa).

Nada tiene de extraordinario que el *Bundestag* apruebe una ley, después de tres lecturas plenarias y una comparecencia de expertos en comisión, para aumentar el tope de financiación de los partidos políticos. Lo que no parece normal es que haga todo eso en diez días, de modo que sus señorías puedan irse de vacaciones con el asunto zanjado. El Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) tampoco lo vio razonable: aunque ninguna disposición constitucional diga —apuntó al enjuiciar el caso en enero de 2023— cuánto deban prolongarse las deliberaciones legislativas, la Ley Fundamental excluye cualquier acortamiento de plazos que restrinja sin debida justificación la publicidad del parlamento o los derechos de participación de sus miembros¹. Pocas semanas antes, el Tribunal Constitucional español (TC) ordenaba, como medida cautelar *inaudita parte* ante un recurso de amparo parlamentario, impedir que el Senado debatiese dos enmiendas que el Congreso había incorporado al texto de una proposición de ley de reforma del Código Penal. Motivo crucial para adoptar la medida fue que las enmiendas no guardaban la mínima conexión exigible con la iniciativa enmendada. Tampoco hallamos esa exigencia en ninguna disposición constitucional o reglamentaria: la fijó en 2011 el propio TC al resolver otro amparo parlamentario contra la admisión, por la Mesa del Senado, de una increíble enmienda a un proyecto de ley en materia de arbitraje en 2003. Pasados veinte años, a fines de 2022, sustraer dos enmiendas inconexas de una discusión legislativa todavía en marcha resultó ser constitucionalmente necesario —por seis votos contra cinco— para salvaguardar el *ius in officium* de los diputados recurrentes². Siempre que un tribunal, como sucede en estos dos ejemplos, argumenta más allá o aun en contra de la literalidad de las disposiciones relevantes para su decisión, son posibles varias reconstrucciones teóricas de lo que hace. La que quisiera ofrecer aquí arranca de la controvertida distinción entre «reglas» y «principios», que procuraré trasladar al contexto de la elaboración parlamentaria de leyes. Mi propósito es discutir el papel que juegan los principios de «debido proceso legislativo» en el control judicial de la legislación, y para ello tomaré como referencia básica la doctrina del TC sobre vicios procedimentales al legislar —aunque también me serviré de la ju-

¹ BVerfG 2 BvF 2/18, Sentencia de 24 de enero de 2003, § 96.

² ATC 177/2022, de 19 de diciembre, FJ 8 y Antecedente Id. Meses después, ante un caso que guarda similitud con —pero *no es igual a*— este, el BVerfG (2 BvE 4/23, Resolución de 5 de julio de 2023), por cinco votos a dos y sin disidencias, suspendió la tramitación de un proyecto de ley con una argumentación que comparte piezas con —pero *tampoco es igual a*— la del ATC 177/2022. Véase *infra*, secc. 4.

risprudencia constitucional alemana—. Comenzaré señalando cuáles podrían ser tales principios y cómo dan sentido a las reglas de procedimiento legislativo (en adelante, PL) [1], para abordar luego la doctrina del TC bajo una luz «principalista» y mostrar que la validez (en sentido formal-procedimental) de una ley no siempre resulta, sin más, de la observancia de las reglas de procedimiento derivadas de la constitución o los reglamentos de las cámaras, sino que puede depender además de los principios subyacentes a dichas reglas [2]. Dado que los principios de debido proceso legislativo que justifican las reglas de la legalidad parlamentaria pueden entrar en colisión, su empleo implica con frecuencia un ejercicio ponderativo. Aunque las ponderaciones que efectúa el TC suelen ser un tanto opacas, es posible ensayar al menos una reconstrucción de cómo podrían operar. Para ello me apoyaré, entre otros casos, en el polémico ATC 177/2022 —el segundo ejemplo aludido antes— [3]. Desde luego, la argumentación ponderativa sobre vicios del (y en el) procedimiento legislativo no es el único punto en el que el TC tiene margen de mejora. Su enfoque de control resulta todavía insatisfactorio, por cuanto descarta que los defectos procedimentales no invalidantes y, en general, la mejor o peor calidad del proceso legislativo sean factores relevantes en el control material de la legislación como resultado (*e.g.*, al analizar la proporcionalidad de una medida legislativa). No ocurre así en otras jurisdicciones, donde algunos tribunales —como el BVerfG— siguen un modelo de control en el que los principios de debido proceso legislativo pueden ser determinantes para enjuiciar la constitucionalidad del contenido de las leyes [4].

1. PRINCIPIOS DE «DEBIDO PROCESO LEGISLATIVO»

Mientras que a buena parte de la comunidad iusteórica le repele la sola distinción entre reglas y principios, entre sus defensores no termina de haber consenso ni claridad sobre los contornos de ambas clases de norma³. Pero no es mi intención terciar en debates de tipología normativa —ni en la estéril disputa ontológica que a menudo traen consigo—. A efectos presentes, basta con asumir que, sobre la base de materiales jurídicos brutos, es posible construir normas que pretenden valer definitivamente y excluir el razonamiento práctico de quien ha de seguir las (reglas), y normas que no pretenden validez definitiva y exigen tal razonamiento (principios). En el plano estructural, podríamos asignar a las reglas un conjunto cerrado de condiciones de aplicación, más o menos indeterminadas, cuya concurrencia desata una consecuencia jurídica binaria. Las condiciones de aplicación de un principio, en cambio, quedarían

³ Cfr. GARCÍA AMADO (2023: 149 ss.), GARCÍA YZAGUIRRE (2023: 374 ss.), GARCÍA AMADO Y DALLA-BARBA (2022), o SAMPAIO (2021: 59 ss.), así como LOPES (2017: 471 ss.), GUASTINI (2016: 75 ss.), SIECKMANN (2011: 27 ss.; 2009: 19 ss.) o ATIENZA y RUIZ MANERO (2004: 28 ss.), entre otros.

abiertas, y lo que el principio establece, ordena o permite es realizable de forma gradual y modos diversos: sin ir más lejos, mediante diferentes reglas—de ahí la metáfora espacial de que los principios subyacen a las reglas—. Y digo que «podríamos asignar» estas estructuras en el sentido de que así se visualiza mejor el contraste entre reglas y principios en muchos escenarios (en cualquier caso, que los antecedentes sean abiertos o cerrados, que sea posible construir subclases de reglas o de principios, o que a estos les convenga una estructura «puente» u otra distinta, es ahora lo de menos: la clave diferencial que importa aquí está, sobre todo, en la gradualidad de lo que establecen los principios y en su relación justificatoria con las reglas).

Pues bien, para trasladar la distinción al procedimiento legislativo (PL)⁴, solo habría que aceptar esta sencilla tesis: la constitución y los reglamentos (y usos) parlamentarios expresan reglas de PL que estipulan cómo elaborar las leyes, y esas reglas pretenden satisfacer ciertos principios que, por ende, las justifican⁵. Qué principios subyazcan al entramado de reglas que conforman un PL siempre es algo discutible. Rara vez las disposiciones procedimentales especifican vínculos entre reglas y principios, y estos, por su parte, pueden no estar formulados en ningún sitio, de manera que han de inferirse o extraerse interpretativamente de textos (o prácticas) constitucionales o reglamentarios. Por lo demás, las reglas de PL son heterogéneas: regulan trámites y aspectos diversos, y no necesariamente se justifican todas por idénticas razones. A pesar de ello, no costaría demasiado, en sistemas jurídicos como el español, identificar algunos principios generales o estructurales que las reglas de PL, en conjunto, contribuyen a realizar⁶.

El elenco admite variaciones de número y denominación, pero incluiría, como mínimo, principios que exigen deliberación, representatividad e igualdad política, respeto por (y participación de) las minorías, publicidad y justificación, así como el de autonomía parlamentaria. Por supuesto, habría que agregar principios de funcionalidad u operatividad (eficiencia, seguridad jurídica, especialización y división del trabajo, etcétera); aquí, no obstante, los

⁴ El «procedimiento» sería la regulación de actos y trámites para la aprobación de una ley, *i.e.* la faceta «externa» o «formalizada» del proceso legislativo, mientras que este abarcaría el entero ciclo de la decisión legislativa (su aspecto «interno» o «material»): cfr. OLIVER-LALANA (2017: 723 ss.).

⁵ «*The legislative process [...] ought to be understood not just in reference to the secondary rules that happen to constitute it and govern it, but also in reference to the relationship between those rules and deeper values and principles that explain why the rule-governed aspects of the process are important to us [...] [T]his is to say that the secondary tier of a legal system—what Hart called the secondary rules—comprises not only rules but principles as well*» (WALDRON 2003: 376).

⁶ Cfr. MIRANDA (2018: 111 ss. y 150 ss.). Sobresalen el principio democrático y el pluralismo político (BIGLINO 1991: 54 ss.; STC 99/1987, FJ 1a) como reflejo de la soberanía popular (STC 119/1995, FJ 3), siempre en conexión con la publicidad parlamentaria o el «debate parlamentario público» (STC 119/2011, FJ 9) y los derechos de participación política (vistos aquí como principios iusfundamentales). Para el mundo anglosajón, J. WALDRON (2006: 18 ss.) sugiere siete principios: legislación explícita; diligencia legislativa; representación, respeto al desacuerdo y oposición leal, deliberación; formalidad legislativa; e igualdad política (para una lista más laxa, WALDRON, 2003: 379 ss.).

dejaré en el trasfondo, para centrarme tan solo en los principios procesales que subyacen típicamente a la regulación del PL en una democracia constitucional. Por abreviar, podríamos incluso reducirlos a dos, el principio «deliberativo-representativo» y el «de justificación pública», que encarnan la doble cara de una legislación democrática (entre ellos hay, por tanto, un fuerte ligamen, aunque también caben tensiones). El primero exige, tanto como sea (jurídica y fácticamente) posible, un procedimiento (y proceso) limpio e inclusivo donde se pueda expresar los disensos legislativos y ejercer bien los derechos de participación política, y donde los desacuerdos se resuelvan por mayoría⁷; el segundo, un procedimiento (y proceso) que asegure, tanto como sea (jurídica y fácticamente) posible, una legislación transparente, responsable y diligente, basada en los mejores argumentos. Valdría decir que el grueso de las reglas de PL promueve uno u otro principio, o los dos a la vez⁸. En combinación con los principios de funcionalidad, ambas ramas del principio democrático —deliberación representativa y justificación pública— definirían un «debido proceso legislativo».

Bajo este planteamiento, surgen en seguida —para quienes participan en la empresa legislativa, y para quienes la controlan, estudian o contemplan— las mismas preguntas que asociamos a la distinción entre reglas y principios en otros campos del derecho (cfr. AGUILÓ 2019: 94-95). Para empezar, ¿en qué consisten realmente el respeto o la fidelidad al PL, en observar sus reglas o en honrar los principios que les confieren sentido y las justifican, o acaso en saber combinar una y otra forma de lealtad? La tercera opción ha sido defendida por J. Waldron persuasivamente. A su juicio, el compromiso con los principios que subyacen a las reglas de PL es justamente lo que define «el ideal de la integridad legislativa»: un ideal que «imbuye nuestro sometimiento» a dichas reglas «de la conciencia de por qué importan y qué intentan lograr», y orienta su observancia «hacia los valores y principios más profundos a los que se supone que las reglas sirven» (WALDRON 2003: 377 y 385). Mucho me temo que sea una mera coincidencia terminológica, pero no parece muy dispar el enfoque que adopta el TC español en este pasaje:

⁷ La de mayoría es una *regla*, aunque también puede resignificarse en el sentido de que las resoluciones parlamentarias deberían idealmente acordarse por la mayoría más amplia que resulte viable. Sobre la confusión entre principio democrático y regla de la mayoría, véase *e.g.* el voto particular de M. Aragón a la STC 136/2011: la CE insta «una democracia basada en el juego de las mayorías», pero, «para no incurrir en errores conceptuales elementales» hay que «distinguir dos planos»: «el de la adopción de decisiones parlamentarias» y «el del procedimiento deliberativo previo a la adopción de la decisión» (§ 3). Cfr., sobre el frecuentemente llamado «principio» mayoritario, la STC 136/2011 (FJ 5).

⁸ Por razones que no discutiré aquí, doctrina y jurisprudencia constitucional tienden a ceñirse al primer principio y a solapar o incluso ignorar el segundo. Ejemplos de reglas que promueven la justificación legislativa pública serían las contenidas en el art. 124 del Reglamento del Congreso: «las proposiciones de ley se presentarán *acompañadas de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios* para poder pronunciarse sobre ellas»; o en el Art. 107.2 del Reglamento del Senado: «las enmiendas y las propuestas de veto deberán formalizarse por escrito y *con justificación explicativa*» (cursivas añadidas).

[El legislador debe] tener en cuenta que en un Estado de Derecho [...] resulta inexcusable el respeto escrupuloso de las *normas* que rigen los procedimientos, incluido [...] el legislativo, [...] [y que corresponde] al Tribunal Constitucional [...] velar por el cumplimiento de esas *reglas procedimentales*, que se conforman como garantías del modo en que los poderes públicos han de actuar»; «nuestro escrutinio habrá de ceñirse [...] a comprobar si la tramitación del procedimiento legislativo se ajustó en este caso a *los principios* que [...] han de presidirlo. [...] Lo que está en juego en el presente caso no es solo la eventual reparación del derecho fundamental de los diputados [...] al ejercicio de sus funciones representativas [...], sino también *la integridad* del procedimiento legislativo⁹.

Quien acoja al ideal de integridad legislativa tampoco tardará en preguntarse si la reconstrucción «iceberg» o de doble grada —reglas y principios— opera, en el contexto de la elaboración parlamentaria de leyes, igual que en otros ámbitos jurídicos. En otras palabras, ¿delimitan, extienden o acotan los principios democráticos de deliberación y de justificación el alcance de las reglas de PL (y, en su caso, hasta qué punto y cómo)? A bote pronto, se diría que, como tal, la relación entre uno y otro tipo de norma no tiene por qué funcionar de modo singular: los principios de debido proceso legislativo pueden servir para interpretar (teleológicamente y en conformidad con la constitución) y reducir indeterminaciones (naturales o deliberadas) en el lenguaje de las reglas de PL; y en ciertos escenarios, digamos, recalcitrantes, pueden emplearse asimismo para crear y justificar nuevas condiciones generales que derroten una regla sobreincluyente de PL o subsanen una infraincluyente. Sin duda, se puede discutir que una lectura principalista del PL sea normativa o políticamente adecuada —mantengamos abierta la cuestión—, pero, en términos explicativos, quizá nos permita entender un poco mejor la doctrina sobre vicios del (y en el) procedimiento legislativo del TC.

2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Con respecto al PL, la Constitución española de 1978 es parca. Sobre todo son las cámaras parlamentarias las que, en virtud de su autonomía, perfilan qué trámites han de seguirse para legislar. Y en primera instancia, de velar por su observancia se encargan también los órganos internos del Congreso y del Senado. No es infrecuente, sin embargo, que el TC deba revisar si las decisiones procedimentales adoptadas durante la tramitación de una ley son compatibles con la Constitución. Aunque la normativa que gobierna su funcionamiento (LOT) no le faculta «expresamente» para controlar la aplicación de los reglamentos parlamentarios, hace mucho tiempo que el TC consideró que las reglas de PL contenidas en ellos son invulnerables para los legisladores,

⁹ ATC 177/2022 (FFJJ 5 y 6), cursivas añadidas.

sobre todo «por el carácter instrumental» que tienen respecto de uno de los «valores superiores de nuestro ordenamiento, el del pluralismo político»¹⁰. Pero esa «invulnerabilidad», como veremos ahora, es relativa: apartarse del PL regulado puede, o no, acarrear tacha de inconstitucionalidad, y ello depende de qué tan seriamente impacte la desviación sobre la democracia. O sea, unas infracciones de reglas de PL —«vicios»— serían constitucionalmente tolerables, y otras, intolerables; la línea divisoria habrá de trazarse entonces con argumentos que, por hipótesis, no pueden ya basarse en la superficie reglada, sino que descienden al nivel de los principios subyacentes.

Ni la LOTC ni la CE ni los reglamentos parlamentarios diferencian entre tipos de vicios procedimentales en función de su gravedad, pero el TC dejó claro ya en 1987 que, si bien iba a tolerar desviaciones que no fuesen *demasiado* dañinas para la democracia, «la inobservancia de los preceptos que regulan el procedimiento legislativo» acarrearía la inconstitucionalidad de la ley cuando alterase «de modo sustancial el proceso de formación de voluntad en el seno de las Cámaras»¹¹. Por ejemplo —había anticipado un año antes—, la remisión tardía o hasta la omisión de documentación justificativa que, según las reglas de PL, debe acompañar a un proyecto de ley (los «motivos» y «antecedentes» que requiere el art. 88 CE) «sólo tendrá trascendencia si se hubiere privado a las Cámaras de un elemento de juicio necesario para su decisión».¹² No cualquier vicio procedimental o inobservancia de reglas de PL, pues, hace inconstitucional una ley: «tal inconstitucionalidad sólo se producirá si el vicio o inobservancia [...] afecta esencialmente al proceso de formación de la voluntad de los parlamentarios», de manera que tan «sólo los vicios o defectos más graves provocan un déficit democrático en el proceso de elaboración de una norma que podría conducir» a declararla inconstitucional¹³. Con este enfoque, el TC acoge una dicotomía entre vicios del (y en el) PL¹⁴ invalidantes y no invalidantes que se remonta a los albores de la justicia constitucional europea¹⁵. La doctrina subsiste hasta hoy sin grandes cambios en su formula-

¹⁰ STC 99/1987 (FJ 1a).

¹¹ STC 99/1987 (FJ 1a). Sobre cómo operan en este contexto la «finalidad», la «aquiescencia» y la «convalidación» como «remedios», véase BIGLINO (1991: 134 ss.).

¹² STC 108/1986 (FFJJ 3-4).

¹³ STC 136/2011 (FJ 10). Cfr. STC 38/1999 (FJ 2): no cualquier infracción de «la legalidad del *ius in officium* resulta lesiv[a] del derecho fundamental. Sólo poseen relevancia constitucional a estos efectos» facultades «que pertenezcan al núcleo» de la «función representativa parlamentaria», como «el ejercicio de la función legislativa».

¹⁴ Sobre el contraste entre vicios *del* y *en el* PL, AGUIAR DE LUQUE (1987: 20) o FERNÁNDEZ-FONTECHA (2013: 108). Al igual que en el procedimiento judicial, en el PL pueden violarse derechos fundamentales de naturaleza procesal: en este sentido, las semejanzas entre la gavilla de derechos de tutela judicial efectiva del art. 24 CE (garantías como la publicidad, derechos de defensa y a la motivación de resoluciones) y el *ius in officium* del art. 23.1 CE (en conexión con los principios deliberativo-representativo y de justificación pública) saltan a la vista.

¹⁵ Ya Kelsen (1928: 37) defendía que un tribunal constitucional no debe invalidar una ley solo por una irregularidad procedimental, a no ser que sea «particularmente importante, esencial», y que apreciar esa importancia ha de quedar «a la entera libertad del tribunal», pues «no es bueno que la

ción abstracta. El TC ha recurrido a ella al revisar legislación estatal y autonómica en diversos escenarios, desde recursos de inconstitucionalidad contra leyes de contenido heterogéneo a recursos de amparo parlamentario contra la admisión de enmiendas (inconexas), pasando por recursos contra tramitaciones legislativas anómalas, como las enjuiciadas en la serie de sentencias sobre el *procés* catalán.

Una muestra arquetípica de cómo se ha empleado esta doctrina es la creación judicial de límites al derecho de enmienda de los parlamentarios, vertiente del derecho fundamental de participación política ligada también a la deliberación legislativa. En el ámbito estatal, consolidó esos límites la STC 119/2011 —había en el autonómico atisbos previos— al exigir una «mínima» homogeneidad entre enmienda e iniciativa enmendada. Con ello se abandonaban años de interpretaciones formalistas de las disposiciones sobre (in)admisión de enmiendas, que de hecho dejan un margen irrestricto para sugerir cambios en los textos legislativos en trámite. El atrincheramiento de las reglas de PL se justificaba siempre igual: «no existe ni en la Constitución ni en los Reglamentos de ambas Cámaras norma alguna que establezca una delimitación material entre enmienda y proposición de Ley»¹⁶. Y parlamentarios de uno u otro signo aprovechaban, claro, el cheque en blanco. Pero la inserción *in extremis*, en un brevísimo proyecto de ley en materia de arbitraje, de una enmienda senatorial que creaba tres nuevos delitos fue pasarse de la raya¹⁷. La STC 119/2011 declaró que admitir la enmienda había violado (dañado «la esencia» de) los derechos de representación de los senadores que se opusieron a su tramitación¹⁸, y anuló el acuerdo de la Mesa (los delitos no podían declararse inconstitucionales en un amparo, aparte de que se derogaron en 2005)¹⁹. No fue entonces óbice que el Reglamento «guard[as]e silencio sobre la posibilidad de que la Mesa» efectúe controles de homogeneidad, dado que «una lectura conjunta de las previsiones constitucionales» sobre PL y la «propia lógica de la tramitación legislativa» hacía exigible —ahora sí— una «mínima conexión» entre el texto remitido por el Congreso y las enmiendas senatoriales²⁰. Que la CE imponga «implícitamente» límites a la activi-

Constitución misma proceda, de manera general, a la difícil distinción entre vicios esenciales y no esenciales».

¹⁶ STC 99/1987 (FJ 1) y 94/2000 (FJ 3).

¹⁷ Los delitos castigaban la convocatoria ilegal de elecciones o referendos y el uso de fondos públicos para financiar partidos políticos ilegalizados. La Mesa del Senado admitió a trámite la enmienda y, en atención a la doctrina sostenida entonces por el TC, denegó las dos solicitudes de inadmisión presentadas por la oposición. De vuelta al Congreso, el proyecto enmendado fue aprobado. Los tres delitos fueron derogados en 2005, cuando todavía estaba pendiente la resolución del recurso.

¹⁸ No así los de otros cinco senadores recurrentes que no formalizaron ninguna objeción ante la Mesa.

¹⁹ Sobre la reticencia del TC a invalidar preceptos derivados de *riders*, ESCUIN (2018: 110 ss.)

²⁰ STC 119/2011 (FFJJ 6-7). La doctrina sobre enmiendas inconexas se ha reiterado abundantemente, si bien con alguna variación: cfr. *e.g.* SSTC 209/2012, 324/2014, 59/2015, 216/2015 o 155/2017, así como STC 4/2018 (FFJJ 3-5). Vale además para ambas cámaras, aunque conviene notar que la STC 119/2011 (FJ 6) remarcó que Congreso y Senado «no están en la misma posición dentro del

dad legislativa —apostilló el TC— no debería sorprender a nadie, pues había quedado dicho en otras ocasiones²¹. Y, para salvar recelos de injerencia en la autonomía parlamentaria, la sentencia se cuidó de recordar a los órganos internos que conservaban un «amplio margen de apreciación» y que debían, para evitar restricciones excesivas, ceñir su control a las enmiendas evidente o manifiestamente carentes de «conexión mínima»²². Por resumir aquel caso en pocas palabras: las causas regladas de inadmisión de enmiendas eran infraincluyentes (o las de admisión, sobreincluyentes) según los principios afectados (derechos de representación y deliberación democrática), así que, a partir de estos principios («lectura conjunta» y límites «implícitos»), el TC crea una nueva causa de inadmisión con la que, además, procura mantener el equilibrio con los principios que protegen la facultad de enmienda²³.

El TC se ha pronunciado en otras ocasiones sobre la inobservancia de reglas de PL, vistas a la luz de los principios que las justifican. Un caso muy interesante es el resuelto por la STC 155/2017, donde, primero, se excusa la falta de mínima conexión de las enmiendas porque no habría provocado afección sustancial a la democracia (ambas condiciones figuran en la regla creada por la STC 119/2011)²⁴; y, segundo, se derrota la regla de PL en materia hidráulica construida poco antes en la STC 13/2015, que hacía inexcusable un informe preceptivo requerido por varios Estatutos de Autonomía (el de Aragón, en este caso)²⁵. Y es que el TC también recurre a su doctrina cuando no hay interferencias con derechos fundamentales. Así lo hizo, por ejemplo, en la STC 89/1984: entre otras cosas, se ventiló allí la cuestión de si se había infringido la regla acerca de la caducidad de iniciativas legislativas expresamente contenida en el

procedimiento legislativo», y no contribuyen a él «ni en el mismo momento ni con las mismas facultades». De ahí que las enmiendas senatoriales hayan de ser controladas más de cerca. Cfr. también STC 194/2000 (FJ 3). A diferencia del Congreso (véase GARCÍA-ESCUDERO, 2013: 200 ss.; 2016: 109 ss.), el Senado comenzó en seguida a verificar la conexión de las enmiendas, y el TC le premió con una (vencible) «presunción de coherencia u homogeneidad» en favor de las enmiendas admitidas a trámite (STC 59/2015, FJ 6a).

²¹ STC 119/2011 (FJ 6). Cfr. SSTC 27/1981 (FJ 2) y 274/2000 (FJ 4).

²² STC 119/2011 (FJ 7).

²³ Sobre decir que el caso puede reconstruirse también de un modo más próximo a los propios términos de la STC 119/2011, que basa la doctrina en el «carácter subsidiario que, por su propia naturaleza, toda enmienda tiene respecto al texto enmendado [...]». [L]a enmienda, conceptual y lingüísticamente, implica la modificación de algo preexistente, cuyo objeto y naturaleza ha sido determinado con anterioridad; sólo se enmienda lo ya definido» (FJ 6). O sea, el TC fijó el significado de «enmienda» mediante una interpretación gramatical, teleológica y sistemática que exigía, al menos, alguna conexión entre lo que pretende ser una enmienda y el texto que se quiere enmendar. Lo curioso es que «descubriera» este significado después de haber «descubierto» antes otro bien diferente; pero, si ignoramos la doctrina previa, valdría decir que el TC no se apartó de las reglas de PL, sino que determinó «la» regla que salía de las disposiciones relevantes. Bajo un enfoque parejo cabría sostener también, por ejemplo, que desviarse de lo que literalmente expresa una disposición no implica infringir la regla contenida en ella (simplemente, puede ocurrir que esa regla resulte de una interpretación teleológica, no literal).

²⁴ Porque las impugnadas carecieron de «alcance innovador sustantivo, reiterativas como eran, con plena literalidad, de otras» medidas adoptadas en la misma legislatura, así que el TC no apreció afección esencial en la formación de la voluntad legislativa (STC 155/2017, FJ 3b y 3c).

²⁵ STC 155/2017 (FFJJ 4-8); cfr. también el duro voto disidente de C. Conde-Pumpido.

art. 207 del Reglamento del Congreso. Según el tribunal, era «verdad» que, una vez disuelto el Congreso, «caducan todos los asuntos pendientes de examen», con lo que el proyecto de ley orgánica a examen (el del Estatuto de Autonomía para Castilla y León), remitido en la legislatura anterior, había caducado; pero —matizó— «tal caducidad obedece al *principio* de representatividad de la Cámara» (mis cursivas), y «ello quiere decir que la caducidad puede ser excepcionada por la propia Cámara haciendo suyos los asuntos pendientes» (FJ 6). El TC optó por «una interpretación flexible» del Reglamento con la que pudo «excepcionar prescripciones expresas» (AGUIAR DE LUQUE, 1987: 23): con apoyo en el principio subyacente, decidió derrotar la regla que preexistía a su decisión ante un caso de sobreinclusión, y crear una nueva.

Cabría decir, en fin, que un lenguaje *principalista* —una terminología que evoca la noción de principios jurídicos como normas con dimensión de peso— impregna el discurso del TC sobre vicios procedimentales. Por ejemplo, en la nutrida jurisprudencia sobre legislación de contenido heterogéneo, en particular sobre las llamadas leyes de acompañamiento presupuestario, se recuerda que interferencias *demasiado intensas o graves* con el principio democrático (eventualmente, también con la seguridad jurídica) podrían conducir a declarar la inconstitucionalidad de la ley, si bien el TC nunca llegó a apreciar afecciones *suficientemente importantes*. Lo que tampoco terminó de aclarar es por qué no lo eran: sus pronunciamientos no resultan muy informativos respecto a cómo se determinan las intensidades de las lesiones del principio democrático²⁶. En cualquier caso, lo que revela la doctrina del TC sobre vicios procedimentales son, básicamente, dos cosas. Una es que la observancia estricta de la literalidad de las reglas de PL no asegura la conformidad constitucional del PL ni, por tanto, la validez formal de la ley resultante cuando los principios subyacentes se han visto afectados de modo especialmente grave (aunque sí cuando la afección haya sido poco significativa): tendríamos, en consecuencia, casos de infrainclusión en el nivel de las reglas que son cubiertos creativamente con principios. La otra es que inobservar reglas de PL genera inconstitucionalidad (invalidéz) por razones formales solo cuando los principios subyacentes se han visto afectados de manera muy grave, y entonces es esa intensidad la que determina la inconstitucionalidad (invalidéz); mientras que algunas reglas de PL se derrotan si las afecciones de los principios de legislación democrática son leves (o si realmente no se afecta a

²⁶ El TC nunca ha clarificado «cuándo estamos ante vicios con alcance sustancial», y «se ha ocupado de descubrir[lo] caso por caso» (SANZ, 2018: 40-41). Se aprecia bien en la saga sobre leyes de contenido heterogéneo, donde el TC elude la cuestión o afirma, apodícticamente, que no existió afección esencial (dando a entender que sí hubo afección, aunque *leve* o *moderada*) o que esta no se infiere de las alegaciones genéricas de los recurrentes (OLIVER-LALANA, 2021: 235-241). Algo similar vale para el control judicial de la calificación de iniciativas: ahí, «el TC parece construir sobre suelo frágil, resultando muy difícil [...] reconstruir las razones subyacentes» a su doctrina (ORTIZ DE URBINA, 2021: 82).

esos principios, sino tan solo al principio formal o institucional de legalidad parlamentaria, como en la referida STC 89/1984).

Los dos ejemplos con que iniciaba el trabajo pueden replantearse asimismo en términos semejantes con el modelo de doble grada. El ATC 177/2022, al pertenecer a la familia de sentencias sobre enmiendas inconexas, podríamos explicarlo también como la STC 119/2011. O, quizá mejor, cabría entender que ese polémico Auto aplica directamente la regla general que introdujo la STC 119/2011 con apoyo en los derechos fundamentales de representación y el principio deliberativo. No es obvio, dada la diferente constelación de circunstancias presentes en uno y otro caso, que debiera aplicarse exactamente la misma regla de conexión mínima, pero dejemos esto para más adelante. Y en cuanto a la acelerada tramitación legislativa en el *Bundestag* con la que se vio confrontado el BVerfG, serviría la misma línea de reconstrucción: respecto de ese caso, las reglas de PL resultaron sobreincluyentes, por cuanto validaban más de lo que hubieran debido validar en atención al principio de publicidad parlamentaria y a los derechos de representación política. El BVerfG, con todo, tan solo apuntó la posibilidad de derrotar esas reglas, pues al final no le hizo falta derrotarlas: invalidó la reforma del tope de financiación de los partidos, pero no por vicios procedimentales *ex principiis*, sino por considerar que su contenido era materialmente incompatible con la Ley Fundamental (aunque al considerarlo así, por cierto, no perdió de vista los principios de debido proceso legislativo).²⁷ En seguida volveré sobre ambos ejemplos. Lo que interesa ahora subrayar, como conclusión de este apartado, es que las doctrinas judiciales sobre vicios procedimentales al legislar van más allá del mero examen del seguimiento de las reglas constitutivas (de o sobre competencia) que establecen las condiciones para producir válidamente leyes. De ahí que la llamada dimensión «formal» («formal-procedimental») de la validez jurídica no pueda abordarse tan solo en términos de reglas. Para entender adecuadamente esa dimensión es necesario incorporar también el papel de los principios de debido proceso legislativo. Estos principios, además de orientar la interpretación de las condiciones de aplicación de las reglas de PL, pueden ser un factor determinante de la constitucionalidad y, por tanto, de la validez jurídica de una ley (o de una decisión intraparlamentaria adoptada durante su tramitación). Y ahí se complican las cosas, pues los principios son entidades de natural pendenciero: tienden a entrar en conflicto entre sí a cada rato. De tal suerte —si los principios de PL condicionan la validez de las leyes, y si manejamos las reglas de PL de forma transparente con respecto a su justificación—, no tardará en llegar la colisión de unos principios con otros; y, para saber si una ley es válida (formalmente, en cuanto a su procedimiento de elaboración), habrá que solventar la colisión *ponderando*²⁸. Es decir, en ciertos escenarios,

²⁷ BVerfG 2 BvF 2/18, Sentencia de 24 de enero de 2023, § 103 ss. Sobre el papel de los principios de debido proceso legislativo en casos como este volveré al final del trabajo (secc. 4).

²⁸ En otro lugar (OLIVER-LALANA, 2023: 236 ss.) desarrollo un poco más este punto.

determinar si un vicio de (o en el) PL entraña inconstitucionalidad o acarrea invalidez por alterar de modo sustancial la formación de la voluntad legislativa requerirá de un ejercicio ponderativo. Lo que no acaba de estar claro es cómo operaría esa ponderación de principios de debido proceso legislativo. Esto es lo que querría explorar a continuación, siquiera tentativamente, al hilo de la jurisprudencia constitucional española.

3. UNA PONDERACIÓN TENTATIVA DE PRINCIPIOS PROCESALES

El TC no ha dedicado especial esfuerzo a justificar por qué o cuándo los vicios del (o en el) PL comportan la inconstitucionalidad y por tanto la invalidez de las leyes (o de los sub-actos legislativos generados durante su tramitación). Hay circunstancias que suele considerar siempre relevantes —como que se haya planteado reproche de irregularidad ya en el parlamento—²⁹, pero da la impresión de que su enfoque tiende a ser, más bien, casuista o particularista. En vista del lenguaje con que formula su doctrina y del número de recursos de inconstitucionalidad y amparos parlamentarios que alegan vicios de (y en el) PL, hemos de suponer que ha efectuado ponderaciones, aunque no ha explicitado con detalle sus argumentos ponderativos ni ha saturado mucho la justificación de sus valoraciones sobre los vicios procedimentales denunciados. No obstante, cabría ensayar una reconstrucción —aunque temo que tan solo pueda ofrecer un esbozo simplificado— de cómo podría ser una de esas ponderaciones en sede judicial³⁰. Para ello echaré mano del ATC 177/2022, puesto que incluye un expreso análisis de proporcionalidad y varias alusiones directas a problemas de ponderación. Cumple advertir que ese análisis sirve para justificar —en los votos disidentes, criticar— la adopción de una medida cautelar en un amparo parlamentario, y no tanto la sustancialidad de un vicio procedimental. Pero puede aprovecharse igualmente para ensayar lo que podría ser una ponderación de principios procesales, en especial si lo combinamos con jurisprudencia adicional acerca de enmiendas inconexas y legislación *omnibus*³¹.

Supongamos que el TC ha de examinar, en un recurso de inconstitucionalidad o de amparo parlamentario, la alegación de que dos enmiendas inconexas a una proposición de ley orgánica (tramitada por procedimiento de urgencia) debieron rechazarse en la Comisión de Justicia del Congreso, y que no

²⁹ Las quejas previas mostrarían que los parlamentarios *se han sentido* violentados en sus derechos o *han percibido* una seria anomalía procedimental. Sobre esta subjetivización de los vicios de (y en el) PL, por ejemplo, MIRANDA (2018: 144-145).

³⁰ Anteriormente, claro, la ponderación debería haberla realizado un decisor primario (las mesas de la cámara o de comisiones), respecto al cual el TC es decisor secundario.

³¹ Incluida la STS 411/2003 (de la que fue ponente uno de los jueces disidentes en el ATC 177/2022).

haberlo hecho ha causado una alteración sustancial del proceso de formación de la voluntad legislativa y una violación de los derechos de representación de los diputados de la oposición. Y supongamos también que, como la literalidad del Reglamento del Congreso (arts. 109 ss.) no recoge ningún requisito de admisión de enmiendas relacionado con la falta de conexión con el texto enmendado, la Mesa interpreta las disposiciones de PL *a contrario* para obtener una regla que le impide rechazar (o le fuerza a aceptar) las dos enmiendas cuestionadas. Si esa decisión (o esa regla) se impugna(n) ante el TC, se abren, resumidamente, tres opciones: o el TC obtiene la misma regla que la Mesa y confirma su decisión; o debía haberse aplicado (según el TC) otra regla de PL que regula un supuesto genérico en el que sea subsumible el caso concreto, y que la Mesa ha incumplido —entonces el TC podría resolver subsumiendo el caso en esa otra regla—; o estamos ante un caso nuevo que no resulta subsumible en ninguna regla preexistente. Asumamos lo tercero: tenemos delante un escenario inédito hasta la fecha.

Si el Tribunal quisiera efectuar un análisis completo de proporcionalidad —usaré el modelo secuencial estándar, en una versión abreviada—, lo primero que haría es sentar la base conflictual y justificar que la decisión intraparlamentaria (o la regla que aplicó) afecta a un principio iusfundamental protegido, o a la democracia como bien colectivo (con carga iusfundamental). Un posible argumento podría ser, *e.g.*, que se ha alterado el contenido de la proposición de ley tal como fue tomada en consideración, y eso limita la deliberación legislativa³². En segundo lugar, se preguntaría por la finalidad de la decisión o la regla que aplica, o sea, por el (o los) principio(s) subyacentes a ambas. Vamos a imaginar que la Mesa ni siquiera contempló razones de funcionalidad o de urgencia legislativa³³, y que tampoco estas fueron aducidas en la motivación de las enmiendas³⁴, sino que la finalidad de la decisión (y de la regla aplicada) fuese asegurar un derecho de enmienda lo más amplio

³² Los hipotéticos recurrentes no podrían alegar que admitir las enmiendas inconexas afecta «al derecho del autor de la iniciativa (art. 87 CE)», pues este autor, en el ejemplo, es también autor de las enmiendas, pero sí podrían alegar que afecta «al carácter instrumental del procedimiento legislativo» y, por tanto, «a la función y fines asignados al ejercicio de la potestad legislativa [...], provocando un vicio en el [...] procedimiento» con «relevancia constitucional» que altera «de forma sustancial el proceso de formación de voluntad» de las cámaras (STC 59/2015, FJ 5).

³³ «Aceptar el ejercicio del derecho de enmienda como mecanismo paliativo o sustitutivo de las insuficiencias que pudieran tener los procedimientos legislativos supondría tanto como hacer caso omiso de la voluntad del constituyente», pues «esta ya ha determinado los instrumentos a través de los cuales las Cortes [...] tienen que hacer frente a las “urgencias legislativas”. [...] Desatender los límites constitucionales bajo el paraguas de la urgencia normativa no deja de ser una lesión constitucional por mucho que pueda parecer conveniente coyunturalmente. Una buena política legislativa puede evitarlo y cuando excepcionalmente no sea posible debe asumir el coste democrático que pueda tener, pero no forzar la Constitución» (STC 119/2011, FJ 7 i.f.). Ninguna razón «de pretendida “eficacia” puede servir para justificar la inaceptable práctica de admitir enmiendas que encubren iniciativas legislativas» (STC 136/2011, VP M. Aragón, § 5).

³⁴ Puede verse la justificación de las enmiendas 61 y 62 detraídas del debate senatorial por el ATC 177/2022 en *BOCG*, Serie B Núm. 295-4, 15 de diciembre de 2022, pp. 85-86 y 87-89.

posible: una finalidad legítima, amparada constitucionalmente por el derecho fundamental de representación, a la que al menos en algo contribuye la decisión (o la regla aplicada); como contribuye también, de paso, a garantizar los derechos de la mayoría parlamentaria³⁵. Absuelto así el test de idoneidad, el de necesidad sería fácil de superar, ya que ninguna otra decisión (o regla) satisfaría el principio iusfundamental que ampara el derecho de enmienda tanto como la decisión (o regla) impugnada. O sea, ninguna lograría un grado equiparable de realización con menor incidencia sobre la democracia o el principio iusfundamental cuya vulneración se alega.

Llegamos, pues, al estadio de la proporcionalidad *stricto sensu*, a la ponderación propiamente dicha. Pero, antes de hacer juicios comparativos sobre afecciones de principios, habría que considerar el peso abstracto de los aquí implicados, en especial el peso abstracto relativo del derecho de enmienda (y de la democracia) frente al de representación (y a la democracia). Esto nos dará al menos una orientación acerca de qué significación atribuirles en el caso concreto. Por lo pronto, la decisión de la Mesa de la Comisión encuentra buen respaldo en el principio de autonomía parlamentaria (art. 72 CE), y gozaría, por tanto, de una presunción de legitimidad en grado máximo que justamente le reconoce el propio TC por su vínculo con el principio democrático (valga aquí la comparación con la posición prevalente en grado máximo, dentro de nuestro sistema jurídico, de la libertad de información ejercida por periodistas)³⁶. En cuanto a los criterios abstractos relativos, habría que buscarlos entre la jurisprudencia anterior sobre enmiendas inconexas o vicios procedimentales: serían criterios derivados de, o incluidos en, las reglas resultantes de las ponderaciones previas de los principios en juego. La lista sería sin duda más larga³⁷, aunque para este ensayo ilustrativo sobra con seis posibles criterios o factores que deberían considerarse al ponderar:

- (1) Los órganos calificadores tienen «amplio margen de apreciación» sobre la homogeneidad de las enmiendas y solo deben rechazarlas si la falta de mínima conexión o afinidad es indiscutible (manifiesta, absoluta, evidente), sin que se exija «que las enmiendas deban responder a la misma finalidad concreta que las medidas contenidas» en la iniciativa legislativa³⁸.

³⁵ Cfr. ATC 177/2022 (FJ 6).

³⁶ «Los actos del legislador» y los «que componen un procedimiento legislativo tienen una presunción de validez en su grado máximo» (ATC 177/2022, VP J.A. Xiol, § 28). Las «decisiones de los poderes públicos» están amparadas en una «presunción de legalidad» que «es más enérgica, si cabe, cuanto más directa es la conexión del órgano con la voluntad popular y llega por eso a su grado máximo en el caso del legislador, que lo es, precisamente, por ser el representante de tal voluntad»; y a esa presunción de legitimidad se ha de sumar el necesario respeto, siempre en la medida de lo posible, a la [...] autonomía parlamentaria» (ATC 177/2022, VP C. Conde-Pumpido *et al.* § 5.4, con cita de ATC 26/2019, FJ 2).

³⁷ Cfr., por ejemplo, ORTEGA (2023), ESCUIN (2018), MARTÍNEZ LAGO (2016), GARCÍA-ESCUDEIRO (2013; 2016) o SANTAOLALLA (2011).

³⁸ SSTC 119/2011, 136/2011, 59/2015, 172/2020. La cita literal, en STC 216/2015 (FJ 6b i.f.).

(2) Cuando las enmiendas han sido examinadas por la Mesa (como órgano calificador), en especial si ello responde a un trámite específico para asegurar la mínima congruencia material exigible, habrá una presunción (vencible) de homogeneidad de las enmiendas admitidas³⁹.

(3) La exigencia de mínima homogeneidad vale para ambas cámaras, aunque las enmiendas introducidas en el Senado deben ser controladas con especial cuidado, porque pueden limitar con más intensidad el principio democrático y las posibilidades de deliberación legislativa⁴⁰.

(4) La ponderación debe valorar «la entidad y la mayor o menor novedad de la enmienda que se tacha de heterogénea», pues su admisión solo comporta inconstitucionalidad si altera de forma sustancial el proceso de formación de la voluntad legislativa⁴¹. Resulta particularmente peligroso, en este sentido, introducir contenidos heterogéneos que modifiquen alguna parte del bloque de constitucionalidad⁴², o que modifiquen *ex novo* y de modo importante una ley «cabeza de grupo» sectorial, «orgánica, principal [*sic*] o básica», si de la modificación se derivan efectos sobre una extensa área del ordenamiento⁴³.

(5) La existencia de quejas dirigidas al órgano calificador, de intervenciones en los debates legislativos o de mociones que denuncien la falta de mínima conexión (y la consiguiente afección de derechos fundamentales o principios estructurales del PL) es siempre un «dato relevante»⁴⁴.

(6) La modificación de la propia enmienda inconexa (por ejemplo, mediante una enmienda transaccional) puede indicar menor afección de los principios de debido proceso legislativo⁴⁵.

Como digo, cabría señalar otros o más criterios, pero con estos será suficiente para nuestro ejemplo. Una vez planteada la ponderación en abstracto,

³⁹ STC 59/2015 (FJ 6a i.f.).

⁴⁰ «Hay que tener presente» que, en el PL, las cámaras «no están [...] en una misma posición. [...] La aplicación de esta doctrina en cada caso no puede hacerse sin valorar que el Congreso y el Senado no actúan ni en el mismo momento ni son exactamente las mismas sus facultades» (STC 119/2011, FJ 7); la doctrina de la mínima conexión se fija ante un amparo parlamentario, donde se circunscribe «al problema que plantean las enmiendas en el Senado» (STC 119/2011, FJ 8). Sobre la distinta posición legiferante de Congreso y Senado, cfr. también la STC 97/2002.

⁴¹ STC 120/2014 (FJ 6). «Las disposiciones impugnadas carecieron de todo alcance innovador sustantivo, reiterativas como eran, con plena literalidad, de otras adoptadas por las propias Cortes Generales en esa misma legislatura» (STC 155/2017, FJ 3); «la poca entidad de las previsiones normativas incorporadas a las enmiendas controvertidas relativiza aún más las exigencias de homogeneidad» (STC 209/2012, FJ 4).

⁴² ATC 177/2022, FJ 5 (pero cfr. VP C. Conde-Pumpido, § 5.2).

⁴³ STS 411/2003, de 27 de enero, FJ 9.

⁴⁴ STC 155/2017 (FFJJ 3a y 6a), así como STC 216/2015 (FJ 6a): «son datos de relevancia para nuestro enjuiciamiento tanto el hecho de que dos grupos parlamentarios suscitasen formalmente la cuestión de la carencia de congruencia material de la enmienda [...] como que el presente recurso de inconstitucionalidad haya sido interpuesto por un grupo de parlamentarios aduciendo precisamente el uso indebido del derecho de enmienda como motivo de inconstitucionalidad».

⁴⁵ Alegación de la letrada del Congreso en la STC 172/2020 (Antecedente 5b): «la enmienda fue objeto de debate [...] y experimentó diversas modificaciones fruto del recurso a los instrumentos» reglamentariamente previstos «para acomodar la voluntad política con las exigencias procedimentales, como son las enmiendas transaccionales y las de corrección técnica, y lo mismo» pasó en el Senado. Cfr. STC 119/2011 (FJ 9): «la función representativa» exige que «los representantes populares» puedan ejercer bien «dicha representación participando en la función legislativa».

el TC ya podría considerar con detenimiento las circunstancias del caso para, sobre esa base, efectuar un juicio comparativo de afecciones de los principios implicados. Ahí debería manejar argumentos ponderativos que no están en la jurisprudencia previa, pues resultarían relevantes ahora por primera vez (siempre hay criterios dependientes del escenario concreto). Pues bien —seguimos bajo circunstancias solo en parte reales—, ¿cómo funcionaría esa ponderación?

Comencemos por el final, y supongamos que el TC va a decidir que admitir las enmiendas dañó de forma gravísima el principio deliberativo-representativo y el *ius in officium* de los recurrentes («R»), alterando también con extrema gravedad el proceso de formación de la voluntad legislativa, pero que la afección de los bienes constitucionales, del lado de los diputados enmendantes («E»), hubiera sido leve en caso de inadmisión. Esperaríamos entonces que justificara ambas tesis, para lo cual habría de poner sobre la mesa, eventualmente, principios como los de autonomía parlamentaria o de justificación legislativa pública (y, si el recurso se zanja algún tiempo después de aprobarse la ley, el de seguridad jurídica). Para no alargarnos, aceptemos que las valoraciones empíricas y normativas del TC, en ambos sentidos, son todas seguras y correctas⁴⁶, y centrémonos en las intensidades de las afecciones.

A justificar la gravedad de la interferencia con «R» (principios que apoyan a los recurrentes) ayudaría, por ejemplo, que la proposición de ley se tramitase por el procedimiento de urgencia y con reducción notable de plazos (quizá también ayudase que fuera una iniciativa *aus der Mitte*⁴⁷, no un proyecto del gobierno que hubiera atravesado las fases preparlamentarias de producción legislativa); que las enmiendas afectasen a legislación orgánica o alguna pieza molar del sistema jurídico, como puede ser la renovación de miembros del TC; que se presentasen sin recabar ningún informe ni realizar consultas previas en el ámbito judicial (una exigencia justificatoria que podría derivarse del derecho de la Unión); que el debate en la Comisión durase apenas hora y media y solo dejase a los portavoces turnos de cinco minutos para el conjunto de las enmiendas de cada grupo, sin opción de debatir por separado las dos enmiendas controvertidas⁴⁸; o que ni la Mesa de la Comisión ni la del Pleno

⁴⁶ Por ejemplo, si nadie discute que las enmiendas carecían de mínima conexión y encima hay un informe bien razonado de los letrados que lo sustenta (cfr. ATC 177/2022, Antecedente 2b y FJ 8), este punto puede considerarse muy seguro. Si la pertenencia al bloque de constitucionalidad de las leyes modificadas por las enmiendas, en cambio, fuese controvertible (cfr. ATC 177/2022, FJ 5 y VP C. Conde-Pumpido *et al.* § 5.2), la valoración perdería fiabilidad y sería solo plausible.

⁴⁷ Evidentemente, es del todo legítimo (y no cabe objetar nada a) que una iniciativa legislativa provenga del seno del parlamento, al menos mientras se justifique como es debido (cfr. art. 124 del Reglamento del Congreso). Pero, a efectos de nuestra hipótesis, digamos que la *proposición* de ley se presentó sin haber realizado ningún estudio previo sobre los hechos legislativos y con una motivación somera y genérica.

⁴⁸ Siendo puntillosos, que «la presentación y registro de las enmiendas objeto del recurso» se haga «en el último día y en instantes inmediatamente precedentes a la finalización del plazo» (ATC 177/2022, FJ 8), de modo que los recurrentes se enterasen de ellas *in extremis*, podría ser más grave que si las enmiendas hubieran sido registradas nada más abrirse el plazo.

realizaran ningún control de homogeneidad específico. Y, yendo al otro plato de la balanza, imaginemos que el TC justificara la levedad de la afección de «E» (los principios que apoyan a los enmendantes) aduciendo, pongamos, que es posible volver a presentar, tramitar (y, si se quiere, por vía de urgencia) y aprobar una iniciativa legislativa genuina con idéntico contenido que las enmiendas impugnadas.

Si el TC razonase así en un recurso de inconstitucionalidad contra una ley orgánica ya aprobada, se le podría objetar, entre otras cosas, que ha igualado indebidamente las posiciones de Congreso y Senado en el procedimiento legislativo⁴⁹, que es más grave introducir enmiendas inconexas en el Senado que en el Congreso, y que en este caso el Senado tuvo ocasión de debatir las enmiendas (e incluso hubiera podido eliminarlas, de modo que el Congreso tuviera de nuevo opción de pronunciarse); que ni siquiera se ha indagado cuál es la motivación que ofrecieron los grupos enmendantes (tal vez esgrimiesen argumentos adicionales para justificar la falta de conexión); o que razones de seguridad jurídica aconsejan conservar o al menos no invalidar *ex tunc* las normas resultantes de las enmiendas. Pero, al margen de estas y otras posibles consideraciones, creo que la valoración del vicio procedimental como esencial y la declaración de inconstitucionalidad quedarían justificadas con cierta plausibilidad e *integridad*⁵⁰. Surgiría de ahí una regla general en cuyas condiciones de aplicación (abstraídas del caso concreto) encajaría la violación de principios alegada. Y la argumentación para construir esa regla, a su vez, justificaría externamente —à la Wróblewski— la inserción de una nueva y compleja condición de congruencia (derivada del caso) en la regla sobre causas de inadmisión de enmiendas por una comisión del Congreso.

Ahora bien, si lo que tuviera que hacer el TC (en vista de un defecto sustancial de PL detectado en un amparo parlamentario, mientras la tramitación legislativa sigue aún en curso) fuera decidir si decreta, *inaudita parte*, una medida cautelar que suspenda los efectos del acuerdo de la Mesa respecto a dos enmiendas y las detraiga de la deliberación senatorial, el cuadro cam-

⁴⁹ «Ha de tenerse en cuenta» que la actual doctrina fue introducida por la STC 119/2011 en «referencia a las enmiendas introducidas en la última fase del procedimiento legislativo, esto es, en el Senado. [...] Existen también pronunciamientos [...] relativos a parlamentos autonómicos [...]. El auto del que discrepamos es consciente» de eso, «pero concluye, sin mayor razonamiento, que la misma [doctrina] se ha de proyectar igualmente sobre la presentación y tramitación de enmiendas en el Congreso [...]. Entendemos [...] necesario que este tribunal reflexione, ante la ausencia de pronunciamientos previos, acerca del impacto sobre el *ius in officium* de [...] las llamadas enmiendas heterogéneas cuando son introducidas en el Congreso [...], al inicio del procedimiento legislativo. Se trata de un extremo cuya aclaración reviste una evidente y especial trascendencia constitucional, máxime teniendo en cuenta la distinta configuración del Congreso de los Diputados, por una parte, y del Senado y las asambleas legislativas autonómicas, de otro lado» (ATC 177/2022, VP C. Conde-Pumpido *et al.*, § 4.2).

⁵⁰ «El medio, la forma y el procedimiento seguidos resultan inequívocamente desconocedores, y [...] cercenadores, de este derecho fundamental, que es la clave de bóveda del Estado democrático [...], al haberse mermado de tal manera dicho derecho fundamental que queda sencillamente negado, borrado por la actuación de la mesa de la Comisión de Justicia» (ATC 177/2022, FJ 8).

bia⁵¹. Adoptar la medida con la justificación que acabamos de ver sería pasar por alto un puñado de datos relevantes. Como acabo de apuntar, las enmiendas se introducen en el Congreso, así que el Senado, en teoría, podría debatirlas con detalle, incluso vetar la proposición de ley o introducir enmiendas correlativas de supresión que finalmente el Congreso aceptara⁵². La medida, pues, interfiere (dejemos abierto con qué intensidad) en el proceso de formación de la voluntad legislativa, y afecta a los derechos de los diputados y senadores que no piden amparo⁵³. Si nos figuramos, además, que se denegasen todas las solicitudes de personación (*e.g.* de diputados enmendantes o integrantes de la Mesa de la Comisión), la afección se agravaría⁵⁴. Sin duda, hablamos de una decisión de notable «repercusión social» y con «consecuencias políticas generales»⁵⁵. Detraer dos enmiendas de un PL en marcha es injerirse en la autonomía parlamentaria, protegida constitucionalmente frente a otros poderes⁵⁶, e implica achicar el deber de auto-restricción judicial ante una asamblea legislativa democrática, y aun «perturbar» su labor⁵⁷. Cabría imaginar circunstancias adicionales que hicieran el caso más peculiar, como que en la misma legislatura nadie hubiera solicitado amparo frente a otras enmiendas inconexas⁵⁸, o que la medida pudiese lastimar la inmaculada imagen públi-

⁵¹ Y cambiaría también si la medida cautelar se adoptase en vista de las alegaciones de todas las partes, como ha hecho el BVerfG (2 BvE 4/23, Resolución de 5 de julio de 2023) al suspender la tramitación de un proyecto de ley que se modificó de cuajo por una enmienda, sin dar tiempo —tres días— casi ni para leerla dos veces. En seguida haré un breve apunte sobre este caso.

⁵² «Hubiera podido ocurrir que finalmente la proposición de ley» no se aprobara, o «que en el Senado se hubieran introducido enmiendas de supresión eliminando los preceptos del texto articulado que incorporaba las enmiendas [...] y estas enmiendas hubieran sido aceptadas por el Congreso» (ATC 177/2022, VP J.A. Xiol, § 25; cfr. también VP C. Conde-Pumpido *et al.*, § 5.3).

⁵³ Suspender «un procedimiento legislativo, aunque sea en parte, ocasiona un perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido —interfiere en el ejercicio de la función legislativa y altera nuestro sistema de justicia constitucional— y a los derechos fundamentales de terceros —al *ius in officium* de los diputados que promovieron y votaron las enmiendas—» (ATC 177/2022, VP J.A. Xiol, § 34). La medida «afecta a los derechos del resto de los diputados, a los grupos y a los órganos de la cámaras, «para los que el procedimiento legislativo es indisponible», e impide al propio parlamento «dar satisfacción (extraprocesal) al derecho de los recurrentes» (ATC 177/2022, VP C. Conde-Pumpido *et al.*, § 5.4 i.f.).

⁵⁴ «La admisión del recurso de amparo se resuelve sin más intervención que la del recurrente. La personación de los demás interesados en el recurso de amparo está subordinada a la iniciación de este mediante la resolución del Tribunal Constitucional que lo admite a trámite» (ATC 177/2022, FJ 2); cfr. VP M.L. Balaguer, pp. 8628 y 8630, y VP J.A. Xiol, § 9.

⁵⁵ ATC 177/2022 (FFJJ 4 y 6); cfr. VVPP J.A. Xiol (§§ 18 y 20) o C. Conde-Pumpido *et al.* (§ 4.2).

⁵⁶ «El Tribunal ha afirmado que “el principio de autonomía parlamentaria, reconocido por el art. 72.1 CE, se fundamenta en la necesidad de sustraer el Parlamento de posibles intromisiones de otros poderes”; [...] resulta difícil negar que la concesión de la suspensión *inaudita parte* supone una grave interferencia en el procedimiento legislativo», «incide de forma directa en el funcionamiento autónomo de las cámaras» y «afecta a los derechos de los diputados que ya han votado la enmienda en el Pleno del Congreso» (ATC 177/2022, VP C. Conde-Pumpido *et al.*, § 5.4 i.f.).

⁵⁷ La «prudencia» debió «llevar a hacer una proyección del principio de proporcionalidad situando en el centro de la ponderación de los intereses en conflicto la extrema perturbación que en un sistema democrático tiene para el interés general interferir en la labor de las Cortes Generales» (ATC 177/2022, VP J.A. Xiol, § 3; cfr. § 28).

⁵⁸ Los recurrentes no explican «por qué razón han consentido» situaciones parejas ni «qué razón les lleva a sentir menoscabados sus derechos», cuando en la misma legislatura se puede contar «una

ca de neutralidad del TC⁵⁹. Pero tampoco hace falta sumar circunstancias al ejemplo. La cuestión es, sencillamente, que una argumentación ponderativa sobre la inconstitucionalidad (y nulidad con reversión de efectos) de una decisión procedimental del parlamento no permite, sin más, justificar esa medida cautelarísima en un amparo.

Dejo por un instante el ejemplo ficticio, para esbozar en pocos trazos qué hizo el voto mayoritario del TC en diciembre de 2022. Según lo veo —aunque quizá debiera mirarlo con otros ojos—, se usó primero la regla originada en una ponderación previa (STC 119/2011) para calificar la sustancialidad del vicio de PL y la afección del núcleo del *ius in officium* de los recurrentes. Ahí el problema está en que el caso del que proviene la regla era distinto al que tenía que resolverse, lo que seguramente exigía re-ponderar⁶⁰; una nueva ponderación podría, o no, haber llevado al mismo resultado. En un segundo paso, ahora sí, el voto mayoritario pondera para justificar la medida cautelarísima⁶¹. Y eso debía hacer *velis nolis* en vista de su propia ley reguladora: «en supuestos de urgencia excepcional», es posible, al admitir a trámite el recurso de amparo, «suspender los efectos del acto impugnado» (art. 56.6 LOTC), pero a condición de que «la suspensión *no ocasione perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona*» (art. 56.2 LOTC, mis cursivas). Aquí, el punto débil radica en ignorar factores y datos que deberían ser relevantes en la ponderación —y

veintena de iniciativas legislativas» a las que se han «incorporado enmiendas» que podrían adolecer del «mismo vicio de falta de homogeneidad» (ATC 177/2022, VP M.L. Balaguer, apdo. d, iii).

⁵⁹ ATC 177/2022 (VP J.A. Xiol, § 23). Dejo al margen aquí la recusación (fallida) de dos miembros del tribunal: cfr. al respecto, por ejemplo, Lagasabaster (2023: 248 ss.) o García de Enterría (2023: 420 ss.).

⁶⁰ La trascendencia constitucional del caso está, «simplemente, en si se vulnera el *ius in officium* [...] cuando se admiten enmiendas que carecen de toda conexión con el texto enmendado» (ATC 177/2022, VP J.A. Xiol, § 19); este recurso daba ocasión al TC «para aclarar o cambiar su doctrina» tras «un proceso de reflexión interna», y su trascendencia radica «en que ofrece» la oportunidad «de aclarar si —y, en su caso, en qué términos— resulta aplicable al Congreso de los Diputados la doctrina constitucional acerca del impacto que las enmiendas heterogéneas tienen sobre los derechos fundamentales del art. 23 CE» (ATC 177/2022, VP Conde-Pumpido *et al.*, § 4.2).

⁶¹ El ATC 177/2022 (FJ 9) subraya que «el principio de autonomía parlamentaria y la inviolabilidad de las Cortes [...] constituye[n] un interés constitucionalmente legítimo que debe ser tenido en cuenta como factor en el juicio de proporcionalidad» para justificar la medida cautelarísima, pero no impiden controlar si el parlamento ejerce las funciones legislativas con «estricto respeto» a la CE. Sobre esta base, el TC considera la medida «idónea para alcanzar la finalidad pretendida» («impedir la consumación de la vulneración invocada mediante la aprobación definitiva de esa parte de la norma en tramitación»); necesaria, pues «no se atisba otra que resulte menos gravosa e igualmente eficaz para la consecución del objetivo solicitado»; y proporcionada *stricto sensu*, «porque permite conjugar adecuadamente la continuación de la tramitación parlamentaria de la norma con la protección cautelar de los derechos invocados». Así, «la medida no genera efectos» irreversibles, tanto si triunfa «el recurso (al haberse garantizado su finalidad reparadora)» como si se desestima, «porque no impide una nueva iniciativa parlamentaria» con «el contenido de las enmiendas» impugnadas. Para los jueces disidentes, la ponderación es «somera» (VP C. Conde-Pumpido *et al.*, § 5.4), insuficiente y no valora bien los bienes en juego (VP M.L. Balaguer, apdo. d, ii). No vieron muy relevante, sin embargo, que los recurrentes solicitaran «la reconsideración de esa decisión [de la Mesa], sin que hasta la fecha hayan recibido respuesta motivada alguna a su petición», ni que no dispusieran «en la práctica de ningún recurso efectivo» (FJ 8).

que, pese a serlo también para analizar la gravedad del vicio procedimental alegado, el TC disoció de ese análisis.

Sin entrar en detalles, me gustaría apuntar un rápido contraste entre el ATC 177/2022 y otro recurso de amparo real, solicitado por un parlamentario alemán ante una enmienda *conexa* que modificaba muchos *aspectos clave del proyecto* de ley⁶². Ese recurso, presentado tras la primera lectura del proyecto, pedía, como medida cautelar, *que se diera a los diputados al menos catorce días para estudiar los pasajes* relevantes de cara a la segunda lectura (§ 11). Mientras que el TC *suprimió dos enmiendas y permitió continuar la tramitación legislativa*, el BVerfG, el pasado julio, *paró todo el procedimiento*, con base en un precepto de su ley reguladora (§ 32 BVerfGG) parecido al art. 56 LOTC, aunque *no idéntico*, el cual, ante situaciones de especial urgencia (*bei besonderer Dringlichkeit*), le faculta para adoptar medidas cautelarisimas (§ 32.2 BVerfGG). Pero el BVerfG las tomó tras considerar las alegaciones iniciales y complementarias *de ambas partes* (§ 32.1 BVerfGG). Procuró *deslindar la medida cautelar del abordaje de la cuestión de fondo*, la violación de los derechos de participación (§§ 77-79), que dejó abierta, por más que bosquejara factores a tener en cuenta en el pleito principal (§§ 92 ss.)⁶³. También *distinguió las peculiaridades del caso* frente a otros previos: que su jurisprudencia anterior sirviese le pareció dudoso (§§ 85 y 89). Nunca antes se había topado con una enmienda así (provenía de un documento de más cien páginas, y apenas hubo tres días para su estudio): hasta *la representación del parlamento reconoció que era una enmienda de «no escasa complejidad»* (§§ 93-94). *No existía urgencia* que la justificara, pues la ley había de entrar en vigor meses después (§§ 95 y 100). De adoptar la medida cautelar, y si el amparo no se concede luego —dijo el BVerfG—, se produciría una injerencia grave (*erheblich*) en la autonomía del parlamento (§ 100), mientras que, si llegara a concederse, no haberla adoptado sería una irreversible violación sustancial del derecho a una participación equitativa en la legislación (§ 102). Para equilibrar los polos, el BVerfG trató —según sus palabras— de afectar lo menos posible a la autonomía parlamentaria: dictó la medida cautelar, sí, *de forma que la tramitación legislativa pudiera reanudarse a vuelta del verano* en el periodo ordinario de sesiones, desde la fase en que quedó interrumpida (§ 100; cfr. § 47). Lo cual —añadiría yo— no anda lejos del espíritu con que oficialmente se remitió al *Bundestag* el proyecto de ley: cuando el gobierno lo aprobó, el ministro de finanzas manifestó incluso por escrito su deseo de que se «debatiere en profundidad» (*intensiv*) (§ 93).

Pero volvamos a nuestro ejemplo: lo que pretendía con él era solo visibilizar un poco cómo podría ser una ponderación de principios procesales, o

⁶² BVerfG, 2 BvE 4/23, Resolución de 5 de julio de 2023.

⁶³ Incluido, por ejemplo, el efecto positivo sobre «la organización de futuros procedimientos legislativos» que podría tener la eventual concesión del amparo al recurrente (§ 105).

sea, cómo podríamos operar con esa estructura argumentativa para justificar una tacha de inconstitucionalidad (invalidez) por razones formales. Alcanzar balances y equilibrios en este contexto parece tarea intrincada y compleja, un ejercicio que exige algo así como ponderar la democracia consigo misma, pues el principio democrático no solo juega en ambos lados de la balanza, sino que también ha de sopesarse como principio formal que se opone a la injerencia en asuntos internos del parlamento y promueve la deferencia a las decisiones de sus órganos (*interna corporis acta*). Y el ejercicio podría complicarse más si entraran en la ponderación los principios de funcionalidad que también subyacen al PL (e incluso principios materiales afectados por los contenidos legislativos). Habrá quien piense que no merece la pena tanta complicación, y que el riesgo de abusos ponderativos resulta demasiado alto, ya sea en general o en ciertos tribunales constitucionales. En una palabra, sería mejor no ponderar y atrincherar bien las reglas de PL⁶⁴. Tengo para mí que tampoco esto evitaría las complicaciones ni el riesgo de abusos —los abusos no deben cargarse en la cuenta de ninguna estructura argumentativa, sino en la de quienes abusan de ella—⁶⁵. Pero, desde luego, se puede defender ese atrincheramiento, como también que las reglas de PL deberían intentar formularse de modo mucho más preciso y detallado (en la línea de los procedimientos judicial y administrativo), y que eso facilitaría su observancia y aplicación. Sin embargo, aparte de que esa opción choca con la propia doctrina del TC⁶⁶, no creo que la práctica colectiva de elaborar leyes y el entorno social en el que se desarrolla sean, a este respecto, muy diferentes de otras prácticas y entornos sociales. Las regulaciones detalladas no siempre son mejores regulaciones —hay ámbitos donde son peores—: todo depende mucho de quiénes van a manejarlas. Pero convengamos, por mor del argumento, en que tenemos muy buenas razones tanto para establecer regulaciones minuciosas del PL como para no restringir ni ampliar el alcance de las reglas en función de sus principios subyacentes (otro tanto vale decir de cualquier regla legislativa en una democracia constitucional); y en que las tenemos también para sostener que un tribunal nunca debe ponderar al determinar la validez formal-procedimental de la legislación. ¿Qué espacio quedaría entonces —si alguno— para los principios de debido proceso legislativo en el control constitucional?

⁶⁴ Muchas de ellas no admiten otra lectura. Son, si se quiere, reglas «intocables» (MORESO, 2016) en cuya aplicación no debe entrar en consideración nada ajeno a las propias reglas: por ejemplo, para salvar un veto legislativo del Senado, en el Congreso es preciso obtener mayoría absoluta en primera votación, o, en segunda, mayoría simple (art. 90.2 CE). No obstante, se podrían idear algunos escenarios, digamos, apocalípticos, en los que hasta reglas como esta debieran ser derrotadas.

⁶⁵ Sí ayudaría a mitigar algunos males rehacer la regulación del PL aprovechando lo que sabemos de legisprudencia, es decir, legislar recursivamente, a la luz de la teoría y la metodología de la legislación, sobre cómo debe legislarse en el parlamento.

⁶⁶ La CE impediría que «el procedimiento legislativo» quede «atrapado en unas reglas tan rígidas que pueden convertir el debate parlamentario en un procedimiento completamente reglado» (STC 59/2015, FJ 5b). En la misma línea, por ejemplo, STC 119/2011 (FJ 7).

4. CONTROL SEMIPROCESAL DE CONSTITUCIONALIDAD

La doctrina del TC sobre vicios procedimentales da pie a plantear también una cuestión general de método en el control judicial de la legislación. Pienso, en síntesis, que los principios de debido proceso legislativo que he ligado a esa doctrina deberían también ser empleados al evaluar la constitucionalidad —la «validez material»— del contenido final de la legislación. Intentaré explicarme.

Que haya defectos del (y en el) PL tolerables, vicios formales que no acaorean inconstitucionalidad, no significa que al TC le parezcan bien. El Tribunal, de hecho, combina a veces su tolerancia con palabras de censura, como que tales defectos resultan de un «cuestionable proceder» y merecen «algunos reproches»⁶⁷. Y lo reprochable es siempre que los legisladores no hayan respetado reglas de PL o, habiéndolas observado, no hayan respetado principios subyacentes de debido proceso. Pese a ello, dentro de un control constitucional, serían faltas de respeto intrascendentes. Pues bien, este enfoque es insatisfactorio, por cuanto descarta de antemano que las fallas procedimentales no invalidantes y la mejor o peor calidad del proceso legislativo en general sean relevantes en el escrutinio material de la ley como resultado (*e.g.*, al analizar la proporcionalidad del contenido de una medida legislativa).

El enfoque de control que adopta el TC opera en «dos pasos» sucesivos, o discurre por «vías separadas»: se centra primero en cuestiones de forma, en la regularidad procedimental, y luego, en las de fondo, en la compatibilidad del contenido o resultado legislativo con la CE, pero sin permitir intersecciones entre uno y otro plano. En cuanto a vicios procedimentales, ya hemos visto que la doctrina básica del TC no es muy exigente: simples infracciones de PL (una iniciativa caducada, un informe preceptivo no evacuado, una enmienda inconexa...) no bastan para intervenir: los vicios tienen que haber alterado de modo sustancial o esencial la formación de la voluntad legislativa para cobrar relevancia constitucional. Si no, caen fuera del foco de control. Y superado el test procedimental, el TC pasa a examinar los contenidos impugnados (para ver si encajan, sobre todo, con su lectura de los derechos fundamentales, pero también de otras normas de la CE, como las que reparten competencias legislativas), sin atender más al procedimiento (ni al proceso) de legislación: independientemente de cómo se haya llegado a las decisiones legislativas, todas gozan de igual presunción de constitucionalidad. En suma, el TC razona en términos dicotómicos: o hay una injerencia demasiado grave en la demo-

⁶⁷ STC 155/2017 (FJ 7a,b). Si de verdad estos vicios son jurídicamente intrascendentes, el TC quizá haría bien en ahorrarse reproches: hacerlos casi parece autocontradictorio (véase STC 136/2011, Antecedente 9 y, en especial, VP L.I. Ortega).

cracia (principios de deliberación representativa y justificación pública) o el defecto procedimental es constitucionalmente inocuo y debe ignorarse.

Sin embargo, la existencia de fallas procedimentales o carencias procesales no invalidantes, como la calidad misma del proceso legislativo, también podría importar en el análisis constitucional del contenido de las leyes, del resultado del PL. Supongamos que, tras argumentar cuidadosamente sobre la alegación de un vicio procedimental o una carencia procesal, el tribunal llega a la conclusión de que la afección democrática causada no era esencial, *i.e.* no era tan grave como para invalidar una medida legislativa por motivos formales. Pues bien, dado que una afección no esencial de la democracia —de los principios de debido proceso legislativo— sigue siendo, por definición, una afección de la democracia, habría de existir algún argumento constitucional que la justifique, al menos si tomamos en serio la constitución como norma⁶⁸. A falta de tal argumento, ¿por qué no atribuir a la injerencia, al menos, cierto peso en la valoración constitucional del resultado legislativo?⁶⁹. Una afección infundada de los principios de deliberación y justificación pública, por ejemplo, podría debilitar la presunción de legitimidad otorgada a la ley y llevar a modular la deferencia institucional que se debe al parlamento democrático y a sus decisiones. Pero esto, claro, exigiría reemplazar el enfoque de doble vía del TC por algún control híbrido, semisustantivo o semiprocesal, donde se tenga en cuenta la calidad del proceso de justificación legislativa (incluidos los vicios procedimentales no invalidantes), es decir, donde la calidad del proceso sea un factor adicional dentro del razonamiento judicial sobre medidas impugnadas por otros motivos (violación o desprotección de derechos fundamentales, intromisión en competencias legislativas ajenas, infracción de la prohibición de arbitrariedad legislativa, etcétera)⁷⁰.

Cuando un tribunal juzga si el contenido de una disposición es compatible con la CE, a menudo ha de afrontar problemas empíricos y normativos difíciles. Por así decir, los jueces se mueven en una zona epistémica resbaladiza, donde no termina de estar claro si la decisión legislativa cae dentro o fuera de los límites constitucionales. En una zona así, la deferencia ciega a los legisladores o la decisión judicial soberana no son las únicas opciones. Dado que las incertidumbres constitucionales sustantivas son una cuestión de grado,

⁶⁸ Cfr. el VP de M. Aragón a la STC 136/2011: razones de «eficacia» (principio de funcionalidad) no pueden justificar la «práctica constitucionalmente fraudulenta» de las enmiendas inconexas.

⁶⁹ Cfr. también GIMÉNEZ (2008: 561), quien se apoya en la STC 76/1990 (FJ 8) para sostener que, aunque los defectos de técnica legislativa no conduzcan a invalidar una ley, deberían considerarse como «agravante», *i.e.* como un factor que cuente para no declararla constitucional.

⁷⁰ Me vienen a la mente, en relación con los principios de autonomía universitaria e interdicción de la arbitrariedad (legislativa), los VVPP de P. Sala y P. Pérez Tremps (con E. Pérez Vera) a la STC 47/2005 —sentencia que, por cierto, consideró que tomar la decisión legislativa sin dar audiencia a la universidad afectada «no constitu[ía], desde luego, el “óptimo” constitucional, pero tampoco determina[ba] la inconstitucionalidad» (FJ 10 i.f.).

el TC podría ajustar su deferencia (también magnitud gradual) en función de la calidad del proceso que condujo a (y del procedimiento por el que se aprobó) una ley o una medida legislativa (e.g. insertada en trámite de enmiendas). La evaluación procesal-procedimental daría entonces un criterio modulador dentro de un estándar de constitucionalidad orientado al resultado, típicamente el canon de proporcionalidad.

No puedo profundizar ahora en los modelos semisustantivos (o semiprocesales) de control constitucional (o subconstitucional)⁷¹, ni en el papel que pueda o deba jugar la democracia como principio formal o institucional en los análisis de proporcionalidad y las ponderaciones con que se justifica la (in)compatibilidad de los contenidos legislativos con la constitución⁷². Pero sí apuntaré que dar entrada a los principios de debido proceso legislativo en el examen material de la ley como resultado implicaría exigir a los legisladores que ofreciesen razones tanto sobre el producto como sobre el proceso, razones que justifiquen no solo el contenido de la medida impugnada, sino también la afección no esencial de los principios de legislación democrática⁷³. Tampoco es ninguna propuesta innovadora. En diferentes modalidades, se lleva practicando décadas en algunas jurisdicciones estatales e internacionales. Consideremos, por ejemplo, la doctrina alemana de la «protección iusfundamental procesal» (*prozeduraler Grundrechtsschutz*, *Grundrechtsschutz durch Verfahren*), que debe activarse allí

donde los derechos fundamentales no puedan cumplir suficiente o adecuadamente su función tuitiva material. Así ocurre cuando [tales derechos] no suministra[n] ningún criterio material [...] y un control de resultado basado directamente en el derecho fundamental queda excluido. Asimismo [debe aplicarse esa protección] si, siendo concebible el control de resultado basado en criterios materiales, solo puede realizarse en un momento en que la lesión del derecho fundamental ya no puede corregirse. En ambos casos es preciso retrotraer la tutela iusfundamental al proceso por el que se llega a la decisión, y no ejercitarla solo sobre su resultado⁷⁴.

Esa protección opera en situaciones especiales y a menudo solo parcialmente⁷⁵. Entre las razones que explican y justifican su empleo predomina

⁷¹ Véase e.g. HUIJBERS (2019), así como COENEN (2009), Bar-Siman-Tov (2012), ARAIZA (2013), OLIVER-LALANA y MESSERSCHMIDT (2016), DIXON (2017), LANDAU (2019) y, respecto al TEDH, BAADE (2018) o SAUL (2021), entre otros muchos.

⁷² Acerca del peso variable de la democracia en cuanto principio formal, cfr. OLIVER-LALANA (2019: 431-434); para un panorama de la teoría de los principios formales, PORTOCARRERO (2016) y, más recientemente, BOROWSKI (2021: 135 ss.).

⁷³ Así, los legisladores —siquiera solo por propio interés— habrían de ofrecer justificaciones ya durante el proceso legislativo (cfr. OLIVER-LALANA, 2021: 250-252).

⁷⁴ BVerfGE 90, 60, 96 (8. Rundfunkentscheidung).

⁷⁵ Y, más a menudo aún, no opera en absoluto, pues se entiende que «no concurren las circunstancias» que excepcionalmente activan el «deber [constitucional] de justificación de la ley» (*Sonderkonsultation ausnahmsweise gebotener Gesetzesbegründung*) (BVerfG, 1 BvR 2821/11, Sentencia de 6 de diciembre de 2016, § 297, *Atomgesetz*).

siempre la idea de *compensación*: un amplio margen de configuración política, de un lado, y, del otro, alguna dificultad sería para que el tribunal enjuicie materialmente la constitucionalidad del resultado legislativo (o la plausibilidad de las premisas en que se basa) se compensan con exigencias metodológicas (legisprudenciales) sobre el proceso justificatorio: el BVerfG reconoce prerrogativas de apreciación y decisión a los legisladores que observan pautas de cuidado, o reduce la intensidad de su examen de resultados, efectuando «un control cauteloso» y comprobando tan solo que no haya habido errores flagrantes e inconstitucionalidades evidentes o manifiestas⁷⁶. Los jueces canjean ese *minus* de control material por un *plus* de exigencias de debido proceso legislativo (cfr. ya HÄBERLE, 1978: 175), para así equilibrar la gran discreción de que disponen los legisladores y evitar que quede libre de revisión constitucional. Este control se ha definido como un «segundo pilar» de protección iusfundamental, por ejemplo, frente a la incertidumbre aneja a algunos pronósticos legislativos. Entonces entran en juego

exigencias procesales, que emergen como un segundo pilar (*zweite Säule*) del derecho fundamental junto a su dimensión material, la cual queda limitada al control de inconstitucionalidades evidentes (*Evidenzkontrolle*) [...] Es cierto que, en principio, el legislador no debe, con la Constitución en la mano, nada más que una ley válida (*wirksam*) [...] Pero [a veces] son precisas garantías procesales para que el mandato constitucional sea efectivamente respetado [...] Las exigencias procesales [...] compensan la dificultad de determinar [la constitucionalidad] mediante criterios materiales [...] En este sentido, la dimensión procesal despliega una función tuitiva y equilibradora (*Schutz- und Ausgleichsfunktion*)⁷⁷.

Al igual que otros tribunales, el BVerfG —bien es verdad que en constelaciones de casos muy singulares— abre de este modo una vía media entre el examen propio del contenido de la medida final (o de las premisas en que se basa) y la total deferencia al parlamento como decisor primario. Al gran margen de apreciación y valoración de los legisladores en esos casos le «corresponden» obligaciones procesales que «equilibran» la indeterminación del parámetro de control constitucional material y le confieren un «suplemento» necesario⁷⁸. Esto sucede, en particular, ante ciertas afecciones iusfundamentales: unas veces, lo que se compensa es la menor intensidad del control sustantivo sobre diagnósticos y pronósticos en escenarios regulativos complejos (en la línea, digamos, del análisis «procesal» de proporcionalidad)⁷⁹; otras, la compensación se refiere al resultado final, el cual o no se enjuicia ya desde el

⁷⁶ BVerfGE 132, 134, 165 (*Asylbewerberleistung*).

⁷⁷ BVerfGE 130, 263, 163-164 (*Professorenbesoldung*), donde las exigencias procesales serían el contrapunto del margen de apreciación y pronóstico. Cfr. BVerfGE 132, 134, 162-163 (*Asylbewerberleistung*) y BVerfG, 1 BvL 10, Sentencia de 23 de julio de 2014, § 77 ss. (*Existenzminimum*).

⁷⁸ BVerfGE 79, 311, 344 ss. (*Staatsverschuldung*).

⁷⁹ Sobre la idea de *procedural proportionality*, LENAERTS (2012: 8 y 10 ss.).

punto de vista sustantivo (se examina únicamente cómo se ha generado y justificado el resultado) o se controla tan solo con la intensidad mínima⁸⁰. Este enfoque supondría, en suma, una autolimitación del tribunal —y una muestra de deferencia institucional— en temas o áreas cuya regulación es especialmente difícil, al tiempo que ofrece una efectiva protección constitucional, compensando la imposibilidad o dificultad de un control sustantivo de los resultados⁸¹. Y más o menos este es, en fin, el planteamiento que adoptó el BVerfG en enero de 2023 en el caso con que comenzaba este capítulo, la ley que subía el tope de financiación de los partidos políticos. En sus palabras:

El mero hecho de que la decisión legislativa (...) sea justificable (*eine bloÙe Begründbarkeit*) no basta. La mayor racionalización ligada a la función compensatoria del control procesal (*Ausgleichsfunktion der Prozeduralisierung*) solo puede lograrse eficazmente cuando las necesarias investigaciones y ponderaciones de las circunstancias de la legislación se han realizado y documentado durante el proceso legislativo. El control procesal (*die Prozeduralisierung*) se centra en cómo se han generado las decisiones, y no en cómo se presentan (*nicht auf ihre Darstellung*), es decir, [no atiende a] su justificación retrospectiva⁸².

De ahí que, ante las alegaciones del *Bundestag* en el recurso de inconstitucionalidad (donde trató de justificar con detalle que la subida del tope de financiación de los partidos obedecía al aumento de los costes a que tenían que hacer frente), la respuesta del BVerfG fuese que

las [...] carencias en la justificación (*Begründungsmängel*) existentes [en el proceso legislativo] no pueden subsanarse [ahora] con las extensas explicaciones [ofrecidas por la representación del parlamento] sobre el incremento de costes ligado a la digitalización y la participación que tienen los partidos políticos, pues eso es una inadmisble aportación retrospectiva de razones (*ein unzulässiges Nachschieben von Gründen*)⁸³.

El BVerfG no invalidó la subida del tope de financiación por causas formales o procedimentales. Pero la interferencia que una tramitación de diez días produjo en los principios de debido proceso legislativo (deliberación representativa y, sobre todo, justificación pública) fue un argumento relevante, incluso decisivo, para declarar inconstitucional el contenido de la ley e invalidarla.

⁸⁰ BVerfGE 125, 175 (*Hartz IV*).

⁸¹ Este argumento para legitimar el control constitucional del proceso de (justificación de la) legislación lo encontramos ya en los primeros trabajos sobre el tema: «el control procesal (el control de qué puntos de vista tenía que tomar en cuenta el legislador, de si los ha tomado en cuenta y los ha ponderado entre sí) [es] un camino viable para sustituir al control de contenido en aquellos casos en los que el BVerfG (según una crítica extendida) corre el riesgo de poner *sus propias* concepciones materiales en el lugar de las decisiones del legislador» (SCHWERTDFEGER 1977, p. 188, cursivas originales).

⁸² BVerfG 2 BvF 2/18, Sentencia de 24 de enero de 2003, § 131.

⁸³ BVerfG 2 BvF 2/18, Sentencia de 24 de enero de 2003, § 160. En su réplica a las alegaciones del *Bundestag* (§§ 60 ss.) y del gobierno (§§ 46 ss.), los recurrentes ya advertían que se trataba de alegaciones «irrelevantes», y que no era posible subsanar *ex post* la infracción de un deber procesal que los legisladores debieron haber cumplido en su día para garantizar «la especial función de publicidad y transparencia» de la deliberación en «el proceso parlamentario» (§§ 43 y 81).

5. RECAPITULACIÓN

Este trabajo pretendía acercarse al papel de los principios de debido proceso legislativo en el control judicial (de la regularidad constitucional de la tramitación) de las leyes. Partiendo de una tesis waldroniana sobre los principios de legislación y su relación con las reglas de procedimiento legislativo, he intentado esbozar una lectura «principalista» de la doctrina del TC sobre vicios procedimentales en la legislación parlamentaria, para mostrar que la distinción entre reglas y principios funciona, en la producción de leyes, de manera similar a como lo hace en cualquier ámbito. Desde luego, ese contexto tiene particularidades, y tampoco he querido sostener que la distinción *deba* funcionar *igual* que en otros ámbitos del derecho. Pero lo cierto es que, a tenor de nuestra jurisprudencia constitucional, la validez formal-procedimental de la legislación no es solo cuestión de reglas (constitutivas), sino también de principios (procesales). Y como los principios suelen colidir entre sí, decidir sobre la (in)constitucionalidad de una tramitación legislativa requiere a veces efectuar ponderaciones. En vista de que el manejo y los balances de principios tras la jurisprudencia del TC en esta materia (*i.e.* la argumentación judicial acerca de la «sustancialidad» de los vicios procedimentales) acostumbran a ser un tanto opacos, he ensayado una posible reconstrucción de esta clase de ponderaciones, a fin de poner de relieve los problemas y riesgos que encierran. Ahora bien, el juego de los principios de debido proceso legislativo en la revisión judicial de la ley no tiene por qué acabar en el control de la regularidad del procedimiento legislativo. La valoración del grado de satisfacción de esos principios —y, en general, la mayor o menor calidad del proceso legislativo— puede incorporarse también al razonamiento del TC acerca de la constitucionalidad material del contenido de las decisiones legislativas.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIAR DE LUQUE, L., 1987: «El Tribunal Constitucional y la función legislativa», *Revista de Derecho Político* 24: 9-30.
- AGUILÓ, J., 2019: «En defensa del Estado Constitucional de Derecho», *DOXA* 42: 85-100.
- ARAIZA, W.D., 2013: «Deference to congressional fact-finding in rights-enforcing and rights limiting legislation», *New York University Law Review* 88: 878-957.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., 2004: *Las piezas del derecho*, 2ª ed., Barcelona: Ariel.
- BAADE, B., 2018: «The ECtHR's Role as a Guardian of Discourse», *Leiden Journal of International Law* 31: 335-361.
- BAR-SIMAN-TOV, I., 2012: «Semi-procedural judicial review», *Legisprudence* 6/3: 271-300.
- BIGLINO, P., 1991: *Los vicios en el procedimiento legislativo*, Madrid: CEPC.

- BOROWSKI, M., 2021: «Limited review in balancing fundamental rights», en J. Sieckmann (ed.), *Proportionality, Balancing, and Rights*, Cham: Springer: 135-162.
- COENEN, D.T., 2009: «The pros and cons of politically reversible ‘semisubstantive’ constitutional rules», *Fordham Law Review* 77: 2835-2891.
- DIXON, R., 2017: «The core case for weak-form judicial review», *Cardozo Law Review* 38: 2193-2232.
- ESCUIN, C., 2018: «El juego entre la mayoría y las minorías parlamentarias en la elaboración de las leyes», *Corts – Anuario de Derecho Parlamentario* 31: 197-212.
- FERNÁNDEZ-FONTECHA, M., 2013: *Teoría y jurisprudencia parlamentaria*, Madrid: Cortes Generales.
- GARCÍA AMADO, J.A., 2023: «Reglas y principios», en A. Ródenas y V. García Yzaguirre (coords.), *Jurisdicción y teoría del sistema jurídico. Homenaje a Juan Ruiz Manero*, Lima: Palestra/Marcial Pons: 149-172.
- GARCÍA AMADO, J.A. y DALLA-BARBA R.G., (eds.) 2022: *Principios jurídicos*, Lima: Palestra.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, A., 2023: «Suspensión de la tramitación parlamentaria de enmiendas por el Tribunal Constitucional por falta de homogeneidad», *Revista de las Cortes Generales* 115: 413-431.
- GARCÍA-ESCUDERO, P., 2013: «De enmiendas homogéneas, leyes heterogéneas y preceptos intrusos», *Teoría y realidad constitucional* 31: 199-236.
- GARCÍA-ESCUDERO, P., 2016: «Homogeneidad de enmiendas e iniciativas legislativas», *La última jurisprudencia relativa al parlamento*, Vitoria: Eusko Legebiltzarra: 93-154.
- GARCÍA YZAGUIRRE, V., 2022: *Excepciones implícitas e interpretación*, Lima: Palestra.
- GUASTINI, R., 2016: *La sintaxis del derecho*, traducción por A. Núñez, Madrid: Marcial Pons.
- HÄBERLE, P., 1978: *Verfassung als öffentlicher Prozess*, Berlin: Duncker & Humblot.
- HUIJBERS, L., 2019: *Proces-based Fundamental Rights Review. Practice, Concept, and Theory*, Cambridge: Intersentia.
- KELSEN, H. 1928: «La garantía jurisdiccional de la Constitución», traducción por R. Tamayo, *Ius et Veritas*, 5/9 (1994): 17-43.
- LAGASABASTER, I., 2023: «Las medidas cautelarísimas frente a una decisión de la Mesa del Congreso de los Diputados», *Revista Vasca de Administración Pública* 126: 245-287.
- LANDAU, J., 2019: «Process Scrutiny: Motivational Inquiry and Constitutional Rights», *Columbia Law Review*, 119/8: 2147-2204.
- LENAERTS, K., 2012: «The European Court of Justice and Process-Oriented Review», *Yearbook of European Law*, 31/1: 3-16.
- LOPES, P.M., 2017: «The syntax of principles: genericity as a logical distinction between rules and principles», *Ratio Juris* 30/4: 471-490.
- MARTÍNEZ LAGO, M.A., 2016: «Los límites de la justicia constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional* 106: 17-71.
- MENGEL, H.J., 1997: *Gesetzgebung und Verfahren*, Berlin: Duncker & Humblot.
- MIRANDA, L.M., 2018: *Parlamento y control judicial*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- MORENO, S., 2004: *Constitución y leyes de acompañamiento presupuestario*, Cizur Menor: Thomson-Aranzadi.

- MORESO, J.J., 2016: «The untouchables of law», *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 19/4: 496-503.
- OLIVER-LALANA, D., 2021: «Omnibus Legislation in Spain», en I. Bar-Siman-Tov (ed.), *Comparative Multidisciplinary Perspectives on Omnibus Legislation*, Cham: Springer: 227-256.
- 2019: «Deliberación legislativa y control judicial de las leyes», en D. Oliver-Lalana (ed.), *La legislación en serio*, Valencia: Tirant: 397-465.
- 2017: «Zur gerichtlichen Prüfung des Verfahrens legislativer Begründung», en M. Borowski et al. (eds.), *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie*, Tübingen: Mohr Siebeck: 717-749.
- OLIVER-LALANA, D. y MESSERSCHMIDT, K., 2016: «On the jurisprudential turn of judicial review», en K. Meßerschmidt y D. Oliver-Lalana (eds.), *Rational Lawmaking under Review*, Cham: Springer: 1-16.
- ORTEGA, C., 2023: «Notas de futuro sobre el derecho de enmienda...», *Revista General de Derecho Constitucional*, 38: 39-58.
- ORTIZ DE URBINA, I., 2021: «¿Inconstitucionalidad de la ley penal por infracción del procedimiento legislativo?», en D.M. Santana et al. (coords.), *Una perspectiva global de derecho penal (Libro homenaje a J.J. Queralt)*, Barcelona: Atelier: 71-82.
- PORTOCARRERO, J., (ed.) 2016: *Ponderación y discrecionalidad*, Bogotá: Univ. Externado.
- PUNSET, R., 1992: «Principio democrático y validez procedimental de las leyes», *Revista española de Derecho Constitucional*, 35: 271-276.
- RIDAO, J., 2023: «El control constitucional del parlamento y la juridificación de la vida política», *Revista de Derecho Político*, 117: 73-98.
- SAMPAIO, J.S., 2021: «Brute balancing, proportionality, and meta-weighting of reasons», en J. Sieckmann (ed.), *Proportionality, Balancing, and Rights*, Cham: Springer: 49-84.
- SANTAOLALLA, F., 2011: «¿Es la homogeneidad material condición indispensable de las iniciativas legislativas?», *Revista de las Cortes Generales* 83: 135-176.
- SANZ, A. 2018: «Los vicios en el procedimiento legislativo, la confirmación de la teoría», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 6: 35-42.
- SAUL, M. 2021: «Shaping Legislative Processes from Strasbourg», *European Journal of International Law*, 32/1: 281-308.
- SCHWERTDFEGER, G., 1977: «Optimale Methodik der Gesetzgebung als Verfassungspflicht», en R. Stödter y W. Thieme (eds.), *Hamburg, Deutschland, Europa*, Tübingen: Mohr: 173-188.
- SIECKMANN, J., 2011: «Los derechos fundamentales como principios», en J. Sieckmann (ed.), *La teoría principalista de los derechos fundamentales*, Madrid: Marcial Pons: 27-50.
- SIECKMANN, J., 2009: *Recht als normatives System. Die Prinzipientheorie des Rechts*, Baden-Baden: Nomos.
- WALDRON, J., 2006: «Principles of Legislation», en R.W. Bauman y T. Kahana (eds.), *The Least Examined Branch*, Cambridge: Cambridge UP: 15-32.
- WALDRON, J., 2003: «Legislating with Integrity», *Fordham Law Review*, 72: 373-394.

