

CONGRESO DE DERECHO

CARDENAL CISNEROS

EL ESTADO DE DERECHO EN CRISIS

Libro de COMUNICACIONES



CARDENAL
CISNEROS
COMPLUTENSE



CENTRO ADSCRITO DESDE 1971
TÍTULOS OFICIALES DE LA
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE
DE MADRID

Avalado por:



Asociación de
Constitucionalistas
de España





Libro de Comunicaciones del Congreso de Derecho

CES Cardenal Cisneros: El Estado de Derecho en Crisis

Presentación	2
Comité Científico	3
Comunicaciones	4
1. DESAFÍOS PARA EL ESTADO DE DERECHO DE LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	4
2. EL PAPEL DEL PROCEDIMIENTO DE CUESTIÓN PREJUDICIAL EN LA TUTELA DEL ESTADO DE DERECHO EN LA UNIÓN EUROPEA ENTRE DIÁLOGO JUDICIAL, PRIMACÍA Y GARANTÍAS SISTÉMICAS	18
3. LIBERTAD RELIGIOSA Y FUNCIÓN PÚBLICA EN TIEMPOS DE CRISIS DEL ESTADO DE DERECHO	43
4. MEDIOS, FINES E INTERPRETACIÓN EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ANTE EL REPLIEGUE DEL PODER EJECUTIVO.....	67
5. EL FUTURO DE NUESTRA CONSTITUCIÓN: ANÁLISIS Y FUTUROS RETOS 82	
6. EL ESTADO DE DERECHO ANTE LOS DESAFÍOS DEL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO	94
7. ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO AL USO DE LA DOCTRINA DEL LIVING TREE POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL	115
8. EL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO Y LOS LÍMITES SUPRANACIONALES. LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO DE LA UE COMO CLÁUSULA DE INTANGIBILIDAD	136

Presentación

El Congreso Jurídico del CES Cardenal Cisneros celebra su primera edición centrándose en **los desafíos presentes y futuros del derecho constitucional y nuestro Estado de Derecho.**

Bajo el título “*El Estado de Derecho en crisis*”, el Congreso se configura como un **espacio académico de alto nivel** destinado al análisis riguroso y al intercambio de conocimiento en torno a los principales retos del constitucionalismo actual.

Organizado por la [CES Cardenal Cisneros](#), el encuentro congrega a la comunidad académica, a importantes autoridades y profesionales del ámbito jurídico, así como a representantes de instituciones públicas, con el propósito de **fomentar la reflexión crítica y el debate plural sobre el sistema constitucional, la rendición de cuentas en un Estado de Derecho, el funcionamiento de los poderes del Estado y la evolución de los modelos políticos y territoriales.**

Asimismo, el Congreso se articula como un foro de deliberación, poniendo el foco en el **diálogo jurídico y el imperio de la ley como herramienta de construcción democrática.** Se reivindica el pensamiento constitucional como praxis, como experiencia compartida entre profesionales que dedican su vida a interpretar y aplicar la ley.

Comité Científico

- *D. Alejandro Abascal Junquera.*
- *D. José Manuel Almudí Cid.*
- *Dña. María Isabel Álvarez Vélez.*
- *D. Elviro Aranda Álvarez.*
- *D. Daniel Berzosa López.*
- *D. Raúl Canosa Usera.*
- *D. José María Coello de Portugal.*
- *D. Francisco Javier Díaz Revorio.*
- *D. José Antonio Escudero.*
- *D. Ibor Fernandes Romero.*
- *D. Alberto García Barrenechea.*
- *Dña. Asunción de la Iglesia Chamarro.*
- *Dña. María José Roca Fernández.*
- *Dña. Patricia Rodríguez Patrón-Rodríguez.*
- *D. Eugenio Ribón Seisdedos.*
- *D. Ángel Sánchez Navarro.*
- *D. Eduardo Serrano Gómez.*
- *D. José Manuel Vera Santos.*
- *D. Carlos Vidal Prado.*

Comunicaciones

1. DESAFÍOS PARA EL ESTADO DE DERECHO DE LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS ¹.

Andrea Acosta Massó

Profesora Ayudante Doctora

Universidad de Navarra

ÍNDICE: I. INTRODUCCIÓN. II. LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: 1. Concepto. 2. Justificación. 3. Límites. 4. Sistematización. A. *Interpretación evolutiva “auténtica”*. B. *Interpretación evolutiva “creativa”*. III. LOS DESAFÍOS DE LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA “CREATIVA”: 1. Exceso en el ejercicio de sus funciones. 2. Usurpación del *treaty power*. 3. La falta de deferencia hacia los Estados. 4. Problemas de legitimidad democrática. 5. Ausencia de *checks and balances*. 6. Cuestionamiento por parte de los Estados. IV. CONCLUSIONES.

RESUMEN: Este trabajo analiza la doctrina de la interpretación evolutiva aplicada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Partiendo de la idea del Convenio como “instrumento vivo”, el Tribunal ha desarrollado una metodología interpretativa que permite adaptar sus disposiciones a las condiciones sociales y culturales cambiantes con el fin de garantizar una protección efectiva de los derechos. Sin embargo, esta práctica plantea importantes desafíos para el Estado de Derecho cuando la interpretación evolutiva trasciende la actualización del contenido de los derechos y para crea *ex novo* derechos no previstos de manera inequívoca en el texto del Convenio.

¹ La presente comunicación sintetiza algunas de las cuestiones tratadas con mayor detenimiento y profundidad en mi tesis doctoral defendida el 11 de diciembre de 2024 en la Universidad de Navarra y galardonada con la mención especial del Premio Nicolás Pérez Serrano del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. *Vid.* ACOSTA MASSÓ, A., «La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos», Gómez-Montoro, Á.J. (dir.), 2024, Universidad de Navarra, Pamplona. Dicho trabajo se encuentra en proceso de publicación por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

I. INTRODUCCIÓN

El sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) en sus 75 años de historia se ha consolidado como un referente internacional en la protección de los derechos humanos y la garantía de los sistemas constitucionales democráticos en Europa². Los constantes cambios sociales y culturales han exigido su adaptación a los desafíos de cada momento, tarea que se ha llevado a cabo mediante reformas orgánicas y procedimentales³ y la inclusión de nuevos derechos a través de protocolos adicionales⁴.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha invocado esta necesidad de considerar la transformación de la realidad para, en ocasiones, interpretar evolutivamente el Convenio. Sin embargo, la aplicación de esta doctrina plantea interrogantes como ¿dónde se sitúan sus límites?, ¿supone, en ocasiones, la creación de nuevos derechos humanos?, ¿cuáles son los problemas y desafíos de esta interpretación creativa?

Esta comunicación analiza como el TEDH aplica esta doctrina, identificando sus límites y evaluando los problemas que emergen especialmente cuando se convierte en un vehículo de expansión de derechos no expresamente contemplados en el Convenio.

II. LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

1. Concepto

La interpretación evolutiva es una doctrina hermenéutica que permite a los tribunales, tanto nacionales (ordinarios y constitucionales) como internacionales (intérpretes de los derechos humanos), adaptar de forma eficaz y dinámica normas rígidas a las necesidades siempre cambiantes de la vida⁵. Esta comprensión dinámica de la interpretación ha dado origen en el marco constitucional norteamericano al concepto

² Es de gran interés la obra de BATES, que desarrolla la evolución de los primeros 50 años del sistema del Convenio. Vid. BATES, E., *The evolution of the European Convention on Human Rights : from its inception to the creation of a permanent court of human rights*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

³ Protocolos núm. 11, 14 y 16

⁴ Protocolos núm. 1, 4, 12 y 13.

⁵ Cfr: RITTERSPACH, T. Y CAPPETELLETTI, M., «Die gerichtliche Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze in rechtsvergleichender Betrachtung», *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts*, vol. 20, 1971, p.109.

de constitución viviente o *living constitution*⁶, o la doctrina del “árbol vivo” o *living tree* forjada en Canadá⁷.

En el sistema europeo, la interpretación evolutiva generalmente se expresa en la fórmula del “instrumento vivo” o *living instrument*, invocada por primera vez en el *Caso Tyrer contra Reino Unido*, según la cual el Convenio debe interpretarse «a la luz de las condiciones actuales»; es decir, desde la perspectiva del momento en que se aplica y no desde la del momento en que fue adoptado⁸. Además de este principio, el Tribunal también fundamenta la interpretación evolutiva en otros criterios arraigados en su jurisprudencia, como los principios de efectividad⁹ y consensual¹⁰. Por ello, se podría definir la interpretación evolutiva como una doctrina utilizada por el TEDH para adaptar el texto del Convenio a los estándares actuales (instrumento vivo) compartidos por los Estados miembros (principio consensual), con el fin de dar a los derechos reconocidos una protección efectiva (principio de efectividad)¹¹.

2. Justificación

Para justificar la interpretación evolutiva es necesario, preguntarse por la naturaleza del Convenio. Su naturaleza *sui generis*¹², tratado internacional con rasgos que se asemejan a las constituciones de los Estados, ha llevado al Tribunal a utilizar en su interpretación tanto reglas de Derecho internacional como de Derecho constitucional. En su calidad de tratado internacional, al CEDH le son aplicables los criterios clásicos de interpretación contenidos en el Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados (artículos 31-33)¹³. Por otro lado, la interpretación de los derechos del Convenio es también interpretación constitucional en el sentido de que el Tribunal de Estrasburgo, aunque nunca se haya referido expresamente a la teoría interpretativa de Hesse, tiene

⁶ Una constitución viviente es aquella que evoluciona, cambia con el tiempo y se adapta a nuevas circunstancias, sin ser modificada formalmente. Cfr. STRAUSS, D., *The living constitution*, Oxford University Press, Nueva York-Oxford, 2010, p. 1.

⁷ La jurisprudencia constitucional canadiense fue la que utilizó por primera vez esta metáfora en *Edwards v. Canada (Attorney General)*, 1930, p. 136.

⁸ STEDH, *Caso Tyrer contra Reino Unido*, de 25 abril de 1978, par.31.

⁹ STEDH, *Caso Airey contra Irlanda*, de 9 octubre de 1979, par. 24 y 26.

¹⁰ STEDH, *Caso Christine Goodwin contra Reino Unido*, de 11 julio de 2002, par. 55, 58, 84- 85, 100 y 103.

¹¹ Cfr. LETSAS, G., «The ECHR as a living instrument: Its meaning and legitimacy», en Andrea Føllesdal, Birgit Peters, Geir Ulfstein (eds.) *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 108-109.

¹² Cfr. DRZEMCZEWSKI, A., «The SUI Generis Nature of the European Convention on Human Rights», *International and comparative law quarterly*, vol. 19, 1, 1980, p. 54.

¹³ STEDH, *Caso Golder contra Reino Unido*, de 21 de febrero de 1975, par.29.

que llevar a cabo una tarea de “concretización”¹⁴. Las disposiciones abstractas del Convenio no pueden, por lo general, hacerse efectivas sobre la sola base de las reglas de interpretación clásicas, por lo que se hace necesario “concretizarlas”, es decir, incorporar a la norma una realidad que es cambiante. Por lo tanto, en esta labor de “concretización”, el Tribunal hace uso de otras reglas interpretativas que trascienden las tradicionales del CVDT. Entre las que se incluyen, la consideración del Convenio como un instrumento vivo, el principio de efectividad y el principio consensual y, por ende, la interpretación evolutiva.

3. Límites

La interpretación evolutiva del CEDH se justifica, por tanto, en la concretización de sus abstractas disposiciones¹⁵, y si bien existe un acuerdo generalizado sobre la necesidad de adaptar los derechos humanos a un mundo en constante cambio, hay importantes discrepancias sobre si esto incluye la posibilidad de crear derechos por vía interpretativa¹⁶.

El propio Tribunal ha señalado que la interpretación evolutiva no puede, como tal, ignorar el sentido corriente que debe darse a los términos del Convenio¹⁷, ni, con el fin de satisfacer necesidades actuales, deducir, por medio de una interpretación evolutiva, derechos que no se incluyeron al principio¹⁸.

¹⁴ Vid. HESSE, K., *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1983, p. 53, 54 y 63.

¹⁵ Cfr. SIMÓN YARZA, F., *Medio ambiente y Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p.232.

¹⁶ Para una perspectiva amplia de este debate, se recomienda, entre otros MAHONEY, P., «Judicial activism and judicial self-restraint in the ECHR: two sides of the same coin», *Human Rights Law Journal*, vol. 11, 1-2, 1990; MATSCHER, F., «Methods of interpretation of the Convention», en Ronald St. John Macdonald, F Matscher, Herbert Petzold (eds.) *The European System for protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993; BERNHARDT, R., «Evolutive Treaty Interpretation, especially of the European Convention on Human Rights», *German Yearbook of International Law*, vol. 42, 1999; HOFFMANN, J., «Universality of Human Rights», *Law Quarterly Review*, 2009; SUMPTION, J., «Limits of law», en *27th Sultan Azlan Shah Lecture, Kuala Lumpur*, 2013; LETSAS, G., “The ECHR as a living instrument: Its meaning and legitimacy”, cit.; FINNIS, J., «Judicial Law-Making and the «Living» Instrumentalisation of the ECHR», en Nicholas Barber, Richard Ekins, Paul Yowell (eds.) *Lord Sumption and the Limits of the Law*, vol. 21, Hart Publishing Ltd, London, 2016 y CASEY, C., «The Sir Gerald Fitzmaurice Option: An Alternative Method for Interpreting the European Convention on Human Rights», 2025.

¹⁷ STEDH, *Caso Johnston y otros contra Irlanda*, de 18 diciembre de 1986, par. 52; STEDH, *Caso Rees contra Reino Unido*, de 17 octubre de 1986, par. 49; STEDH, *Caso Sheffield y Horsham contra Reino Unido*, de 30 julio de 1998, par. 66; STEDH, *Caso Ferrazzini contra Italia*, de 12 julio de 2001, par. 30 y STEDH, *Caso Pretty contra Reino Unido*, de 29 abril de 2002, par. 39 y 54.

¹⁸ STEDH, *Caso Johnston y otros contra Irlanda*, de 18 diciembre de 1986, cit., par. 53; STEDH, *Caso Emonet y otros contra Suiza*, de 13 diciembre de 2007, par.66 y STEDH, *Caso Austin y otros contra Reino Unido*, de 15 de marzo de 2012, par. 53.

4. Sistematización

El respeto o no al tenor literal de las disposiciones del Convenio permiten diferenciar dos categorías que se podrían denominar “interpretación evolutiva auténtica” e “interpretación evolutiva creativa”¹⁹.

A. Interpretación evolutiva “auténtica”

En estos supuestos el Tribunal no crea nuevos derechos, sino que, sin alterar el texto de la disposición, actualiza la interpretación de conceptos que han ido evolucionando con el tiempo o incorpora a la norma realidades que, si no se tienen en cuenta, afectarían negativamente al bien jurídico protegido.

- i. Torturas y tratos inhumanos y degradantes (artículo 3). El Tribunal considerando que el Convenio es un instrumento vivo que debe interpretarse a la luz de las condiciones de vida actuales²⁰, ha señalado que determinados actos no constitutivos de infracción del artículo 3 pueden recibir una calificación distinta en el futuro. La sensibilidad respecto a estas nociones ha ido creciendo con el tiempo, llevando al Tribunal a considerar como violaciones actos que antes no lo eran. Un ejemplo de esto lo encontramos en el ya mencionado *Caso Tyrer contra Reino Unido*²¹, en donde el Tribunal invoca por primera vez la consideración del Convenio como un instrumento vivo para concluir que el castigo corporal judicial infringido a un menor consistente en una serie azotes con una vara de abedul, constituía un trato degradante. También en el *Caso Henaf contra Francia*²², el TEDH entendió contrario al artículo 3, el encadenamiento de un preso de 75 años a la cama de un hospital la noche previa a una intervención quirúrgica, cuando ya estaba custodiado por dos policías. En este sentido, el Tribunal también ha venido considerando contrarios a la prohibición de trato inhumano o degradante: el síndrome del corredor de la muerte²³, el afeitado de la cabeza a un detenido²⁴, ciertas condiciones en los centros de detención o

¹⁹ LAISE denomina a estos dos enfoques como “interpretación evolutiva complementaria” e “interpretación evolutiva alternativa”. Cfr: LAISE, L. D., «El constitucionalismo viviente: método interpretativo, presupuestos semánticos y dificultades», *UNED. Revista de Derecho Político*, vol. 105, 2019, p. 228.

²⁰ STEDH, *Caso Tyrer contra Reino Unido*, de 25 abril de 1978, cit., par. 31.

²¹ *Ibid.*, par. 35.

²² STEDH, *Caso Hénaf contra Francia*, de 27 noviembre de 2003, par. 55.

²³ STEDH, *Caso Soering contra Reino Unido*, de 7 julio de 1989, par. 111.

²⁴ STEDH, *Caso Yankov contra Bulgaria*, de 11 diciembre de 2003, par. 117-118.

penitenciarios²⁵ o la ausencia de tratamiento médico adecuado a personas en situación de privación de libertad²⁶.

- ii. Prohibición de esclavitud (artículo 4). Este es otro ejemplo de interpretación evolutiva en el que Estrasburgo ha superado el concepto tradicional de esclavitud para adaptarlo a realidades contemporáneas. Por ejemplo, en el caso *Caso Chowdury y otros contra Grecia*²⁷, se considera “trabajo forzoso” y, por lo tanto, contrario al artículo 4 del Convenio, la situación de unos ciudadanos de Bangladesh migrantes a Grecia que habían sido reclutados para trabajar en una explotación agrícola sin permiso de trabajo y en condiciones laborales incompatibles con la dignidad humana: sin remuneración, con jornadas de trabajo hasta diecinueve horas, bajo la supervisión de capataces armados, viviendo en cabañas improvisadas con cajas de cartón, nailon y bambú y sin acceso a baños y suministro de agua. Además de la explotación laboral²⁸, el Tribunal también aplica la noción de “esclavitud” a realidades actuales que no encajarían en una concepción clásico del término como la trata de personas²⁹ o la explotación sexual³⁰.
- iii. Derecho a la intimidad en sentido clásico (artículo 8). El concepto de intimidad como tal es una noción que, igual que la tortura y la esclavitud, ha sido interpretado por el Estrasburgo de forma evolutiva ante la necesidad de tener en cuenta las nuevas realidades sociales y, especialmente, el avance de la tecnología y la digitalización. Algunos ejemplos los encontramos, en primer lugar, respecto al alcance de la noción de correspondencia que debe incorporar nuevas realidades como puede ser la mensajería instantánea³¹, o la inclusión la protección de datos personales³². Ni el Tribunal en sus sentencias ni, en general, la doctrina suele incluir estas interpretaciones del derecho a la intimidad dentro del concepto de interpretación evolutiva. De hecho, en esta jurisprudencia no hay referencia alguna al Convenio

²⁵ STEDH, *Caso S. D. contra Grecia*, de 11 junio de 2009, par. 47, 48, 53-54 y STEDH, *Caso VD contra Rumanía*, de 16 de febrero de 2010, par. 92.

²⁶ STEDH, *Caso Tanase contra Rumania*, de 12 mayo de 2009, par. 69 y 83-85.

²⁷ STEDH, *Caso Chowdury y otros contra Grecia*, de 30 marzo de 2017, par. 93-97, 101 y 128.

²⁸ STEDH, *Caso Siliadin contra Francia*, de 26 julio de 2005, par. 109, 110, 111, 115 y 121

²⁹ STEDH, *Caso Rantsev contra Chipre y Rusia*, de 7 enero de 2010, par. 282.

³⁰ STEDH, *Caso S.M contra Croacia*, de 25 de junio de 2020, par. 54 y 56-58.

³¹ STEDH, *Caso Bărbulescu contra Rumania*, de 5 de septiembre de 2017, par. 74.

³² STEDH, *Caso Leander contra Suecia*, de 26 marzo de 1987, par. 48 y STEDH, *Caso Rotaru contra Rumanía*, de 4 mayo de 2000, par. 43.

como un “instrumento vivo” que debe interpretarse a la luz de las condiciones presentes, ni al principio de efectividad, y solo hay frecuentes llamadas a la necesidad de tener en cuenta los cambios sociales y los nuevos contextos. Sin embargo, podría afirmarse que nos encontramos con verdaderos ejemplos de interpretación evolutiva.

B. Interpretación evolutiva “creativa”

En esta categoría, el TEDH interpreta las disposiciones del Convenio introduciendo derechos nuevos que no están incluidos de forma inequívoca en el texto. Esta expansión se ha producido principalmente respecto del derecho al respeto de la vida privada y familiar, que ha convertido el artículo 8 en un derecho general a la libertad o *right to privacy*³³, que abarca una multiplicidad³⁴ de situaciones como

- i. El derecho a ser padres. Así el Tribunal ha venido señalando que entra dentro del derecho al respeto a la vida familiar la «decisión de ser padres genéticos» en el *Caso Dickson contra Reino Unido*³⁵; «la decisión de una pareja casada o conviviente de concebir un hijo y recurrir a la procreación médicamente asistida» en el *Caso S.H. y otros contra Austria*³⁶ o «el deseo de gestar un niño que no esté afectado por la enfermedad genética de la que son portadores sanos y de recurrir, para hacerlo, a la fecundación médica asistida» en el *Caso Costa y Pavan contra Italia*³⁷.
- ii. El derecho al reconocimiento del cambio de sexo. Según el Tribunal el artículo 8 protege «el derecho de toda persona a establecer los detalles de su identidad como ser humano» en el *Caso Christine Goodwin contra Reino Unido*³⁸, «la identificación sexual, el nombre, la orientación sexual y la vida sexual» en el *Caso Van Kück contra Alemania*³⁹, «el reconocimiento legal del cambio de género» en el *Caso Grant contra*

³³ Una visión crítica de esta expansión jurisprudencial de la noción de «vida privada», en GÓMEZ MONTORO, A. J., «Vida privada y autonomía personal o una interpretación passe-partout del art. 8 CEDH», en *La Constitución política de España. Estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes*, 2016.

³⁴ El juez Küris en su opinión disidente al *Caso Ermeny contra Hungría*³⁴, de 22 de noviembre de 2016, par 1, 13 y 14, señaló que el artículo 8 se podría escribir como «artículo ∞» porque su alcance se había vuelto infinito y omnicompreensivo.

³⁵ STEDH, *Caso Evans contra Reino Unido*, de 7 marzo de 2006, par. 57.

³⁶ STEDH, *Caso S.H. y otros contra Austria*, de 1 abril de 2010, par. 60.

³⁷ STEDH, *Caso Costa y Pavan contra Italia*, de 28 de agosto de 2012, par. 57 y 65.

³⁸ STEDH, *Caso Christine Goodwin contra Reino Unido*, de 11 julio de 2002, par. 90 y 93.

³⁹ STEDH, *Caso Van Kück contra Alemania*, de 12 junio de 2003, cit., par. 69 y 73.

*Reino Unido*⁴⁰, y «el derecho al desarrollo personal y la integridad física y moral de los transexuales» en el *Caso Schlumpf contra Suiza*⁴¹.

- iii. El aborto. Pertenece al ámbito del artículo 8 «la decisión de una mujer embarazada de continuar o no su embarazo» en el *Caso RR contra Polonia*⁴², «cuando el aborto se solicita por razones de salud y bienestar» en el *Caso M.L contra Polonia*⁴³ y en el *Caso A, B y C contra Irlanda*⁴⁴, y «la legislación que regula la interrupción del embarazo» en el *Caso Tysiac contra Polonia*⁴⁵.
- iv. La eutanasia. El Tribunal reconoce que se incluye dentro del derecho a la vida privada y familiar «el derecho de una persona a decidir de qué forma y en qué momento debe terminar su vida» en el *Caso Haas contra Suiza*⁴⁶ y *Caso Mortier contra Bélgica*⁴⁷ y «el deseo de la demandante de disponer de una dosis de pentobarbital sódico que le permitiera acabar con su vida» en el *Caso Gross contra Suecia*⁴⁸.
- v. El derecho al medio ambiente. La Corte señala que el artículo 8 podría incluir un «derecho a ser protegido contra las violaciones graves contra el medio ambiente» en el *Caso Hatton y otros contra Reino Unido*⁴⁹ y *Caso Moreno Gómez contra España*⁵⁰. Y, en el reciente *Caso Verein Klimaseniorinnen Schweiz y otros contra Suiza*⁵¹ deriva del derecho a la vida privada y familiar «el derecho de los individuos a disfrutar de una protección efectiva por parte del Estado autoridades frente a graves efectos adversos para su vida, su salud, su bienestar y su calidad de vida derivados de los efectos nocivos y los riesgos causados por el cambio climático».

⁴⁰ STEDH, *Caso Grant contra Reino Unido*, de 23 mayo de 2006, par. 40.

⁴¹ STEDH, *Caso Schlumpf contra Suiza*, de 8 enero de 2009, par.101.

⁴² STEDH, *Caso RR contra Polonia*, de 26 de mayo de 2011, par. 181.

⁴³ STEDH, *Caso M.L contra Polonia*, de 14 de diciembre de 2023, par. 94.

⁴⁴ STEDH, *Caso A, B y C contra Irlanda*, de 16 diciembre de 2010, par. 213.

⁴⁵ STEDH, *Caso Tysiac contra Polonia*, de 20 marzo de 2007, par. 106.

⁴⁶ STEDH, *Caso Haas contra Suiza*, de 20 enero de 2011, par. 51.

⁴⁷ STEDH, *Caso Mortier contra Belgica*, de 4 de octubre de 2022, par. 124.

⁴⁸ STEDH, *Caso Gross contra Suiza*, de 14 mayo de 2013, par. 60.

⁴⁹ STEDH, *Caso Hatton y otros contra Reino Unido*, de 8 de julio de 2003, par. 96

⁵⁰ STEDH, *Caso Moreno Gómez contra España*, de 16 noviembre de 2004, par. 54.

⁵¹ STEDH, *Caso Verein Klimaseniorinnen Schweiz y otros contra Suiza*, de 9 de abril de 2024, par.519.

El TEDH es ciertamente contradictorio, ya que, en muchas resoluciones pese a afirmar expresamente que el Convenio no reconoce expresamente estos derechos⁵², en lugar inadmitir la demanda, procede a incluir *prima facie*⁵³ estas conductas en el ámbito de aplicación del artículo 8, para después realizar un juicio de proporcionalidad respecto a la injerencia por parte del Estado o, en ausencia de esta, si ha cumplido o no con sus obligaciones positivas.

En estos casos, más que una adaptación del concepto de “vida privada” a la realidad presente, se apela la doctrina evolutiva para incluir en el contenido del derecho realidades que, aun siendo actuales, no pueden considerarse incluidas de manera inequívoca —más bien lo contrario— en el derecho protegido.

II. LOS PROBLEMAS Y DESAFÍOS DE LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA “CREATIVA”

La jurisprudencia examinada revela que, en algunas ocasiones, la aplicación de la doctrina de la interpretación evolutiva ha derivado en la creación de nuevos derechos, con la consecuente imposición de obligaciones a los Estados miembros nos suscritas en el momento de ratificar el tratado⁵⁴. Así como la actividad creativa de un tribunal nacional es altamente cuestionable⁵⁵, que lo haga un Tribunal Internacional como es el TEDH, también plantea desafíos numerosos y de envergadura⁵⁶. Esta “interpretación evolutiva creativa” pone encima de la mesa dudas como ¿Qué opinan

⁵² STEDH, *Caso A, B y C contra Irlanda*, de 16 diciembre de 2010, cit., par. 214; STEDH, *Caso P. y S contra Polonia*, de 30 octubre de 2012, cit., par. 96; STEDH, *Caso M.L contra Polonia*, de 14 de diciembre de 2023, cit., par. 94; STEDH, *Caso Pretty contra Reino Unido*, de 29 abril de 2002, par. 39 y 40; STEDH, *Caso Mortier contra Belgica*, de 4 de octubre de 2022, cit., par.119 y STEDH, *Caso E.B. contra Francia*, de 22 enero de 2008, cit., par. 41 y 42.

⁵³ Esta interpretación del TEDH se podría insertar en la corriente teórica de ALEXY, conforme a la cual los derechos poseen un ámbito de protección *prima facie* absoluto, y sólo posteriormente, una vez valoradas las circunstancias en que han de aplicarse, cabe fijar sus límites. Cfr: ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed. en, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 299 y ss. Esta corriente ha desembocado actualmente en la llamada “cultura de la justificación” cuyos defensores se apoyan precisamente en esta jurisprudencia del TEDH. Cfr. MÖLLER, K., «The Right to Justification and the Culture of Justification», *SSRN Electronic Journal*, 2023, pp. 16 y 17.

⁵⁴ Opinión disidente del Juez Sir Gerald Fitzmaurice en STEDH, *Caso Golder contra Reino Unido*, de 21 de febrero de 1975, par. 39 y Opinión disidente del Juez Pinheiro en STEDH, *Caso B. contra Francia*, de 25 marzo de 1992, par. 2 y 3.

⁵⁵ Vid. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., «La interpretación evolutiva de la Constitución en manos del Tribunal Constitucional: ¿una suerte de deus ex machina?», *Revista General de Derecho Constitucional*, vol. 42, 2025 y ARROYO GIL, A., «Que el « árbol vivo» no mate a la Constitución (A propósito de la controvertida jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre matrimonio entre personas del mismo sexo , eutanasia y», *Teoría y Realidad Constitucional*, vol. 56, 2025.

⁵⁶ Cfr: GÓMEZ MONTORO, A. J., "Vida privada y autonomía personal o una interpretación passe-partout del art. 8 CEDH", cit., pp. 641 y 643.

los Estados al respecto?; ¿Está facultado el Tribunal de Estrasburgo para crear nuevos derechos no previstos en el Convenio?; ¿Cuenta el sistema del CEDH con *checks and balances* que permitan corregir los excesos?; ¿Afecta esta interpretación a la legitimidad democrática del Tribunal?

A continuación, se abordan los principales desafíos para el Estado de Derecho de esta forma expansiva de interpretar el Convenio.

1. Exceso en el ejercicio de sus funciones

La jurisdicción del Tribunal se extiende, conforme al artículo 32.1, a la interpretación y aplicación de las Convenio por lo que supondría un exceso una interpretación que obvie el texto dando lugar a nuevos derechos⁵⁷. La necesidad de atender a la realidad cambiante no debe convertirse en un pretexto para la creación judicial de derechos o libertades que aún no estén protegidos por el Convenio, ya que esta es una función que pertenece a los Estados miembros del Consejo de Europa⁵⁸.

2. Usurpación del *treaty power*

El CEDH es un tratado internacional que nace del consentimiento de las Partes contratantes⁵⁹. Si la evolución de la sociedad exige la creación de un nuevo derecho, el camino no es la interpretación judicial, sino la reforma del Convenio mediante la aprobación de nuevos protocolos adicionales⁶⁰. Cuando el TEDH expande el contenido del Convenio sin reforma expresa, suplanta la voluntad de los Estados usurpando su poder de modificación del tratado o *treaty power*.

3. La falta de deferencia hacia los Estados

El principio *in dubio pro legislatore* o la preferencia del poder legislativo constituye una de las características del Estado Constitucional de Derecho⁶¹, que también tiene

⁵⁷ Cfr: MATSCHER, F., "Methods of interpretation of the Convention", cit., pp.69 y 70 y FINNIS, J., "Judicial Law-Making and the «Living» Instrumentalisation of the ECHR", cit., p. 87.

⁵⁸ Opinión disidente de los Jueces Ryssdal, Bindschedler-Robert, Lagergren, Matscher, Sir Vicent Evans, Berhardt y Gersing en STEDH, *Caso Feldbrugge contra Países Bajos*, de 27 de julio de 1987.

⁵⁹ Cfr: LETSAS, G., "The ECHR as a living instrument: Its meaning and legitimacy", cit., p. 107.

⁶⁰ Cfr: RYSSDAL, R., «On the road to a European Constitutional court», en *Wiston Churchill Lecture at the Academy of European Law*, Florencia, 1991, p. 14 y MAHONEY, P., "Judicial activism and judicial self-restraint in the ECHR: two sides of the same coin", cit., p. 60.

⁶¹ Aunque el Tribunal Constitucional tiene la supremacía, el legislador debe tener siempre la preferencia. Vid. BÖCKENFÖRDE, E.-W., *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, p. 130.

que ser respetada por el TEDH. Si, en el ámbito nacional lo no definido con precisión corresponde al legislador, en el sistema del Convenio, lo que no está claramente determinado, corresponde decidirlo a los Estados⁶² mediante la aplicación del margen de apreciación nacional⁶³.

Una “interpretación evolutiva creativa” supone una trasgresión de este principio de deferencia hacia los Estados, ya que las cuestiones no reconocidas expresamente en el Convenio, que generan desacuerdo y dividen a la comunidad, como el cambio de sexo, el aborto, la eutanasia o el cambio climático corresponden a su poder legislativo y, por tanto, deberían de entrar dentro de un margen de apreciación amplio⁶⁴.

5. Problemas de legitimidad democrática

La débil legitimidad democrática del TEDH⁶⁵ «descansa sobre los frágiles cimientos del consentimiento de las Partes Contratantes»⁶⁶. Por ello, si en el ámbito estatal, un tribunal constitucional debe ser cauto en su tarea de fiscalizar la acción del legislador, este autocontrol judicial o *self-restraint* debe ser aún mayor en el contexto internacional.

La creación de derechos *ex novo* también pone en peligro esta legitimidad democrática de Estrasburgo⁶⁷. La actividad creativa del TEDH excede lo consentido por los Estados contratantes, tanto en el momento de la firma del Convenio —pues supera el

⁶² Cfr: RUBIO LLORENTE, F., «Derechos Fundamentales, Derechos Humanos y Estado de Derecho», *Revista Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, vol.4, 2006, p. 208 y SIMÓN YARZA, F., «La interpretación de los derechos en perspectiva teórica y práctica», en Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (ed.) *La Constitución política de España. Estudios en Homenaje a Manuel Aragón Reyes*, 2016, p. 909.

⁶³ El Tribunal formula por primera vez el principio de subsidiariedad y comienza a desarrollar la doctrina del margen de apreciación nacional a partir del *Caso Handyside contra Reino*, de 7 de diciembre de 1976, al considerar que los Estados en razón de su directo y continuo contacto con las fuerzas vitales de sus países, están en principio en una mejor posición que el juez internacional para proteger los derechos del Convenio. Para un estudio en profundidad, una de las obras referentes es GARCÍA ROCA, J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e intergación*, Civitas, Madrid, 2010.

⁶⁴ TEDH, *Caso Friend y Countryside Alliance contra Reino Unido*, decisión de admisibilidad de 24 de noviembre de 2009, par. 56 y TEDH, *Caso Nicklinson y Lamb contra Reino Unido*, decisión de admisibilidad de 23 de junio de 2015, par.81-84.

⁶⁵ Cfr: FØLLESDAL, A., «Much Ado About Nothing? International Judicial Review of Human Rights in Well-Functioning Rights Regimes», en A. Føllesdal, J. K. Schaffer, G. Ulfstein (eds.) *The Legitimacy of International Human Rights Regimes*, 2014, p. 276 y SHANY, Y., «Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?», *The European Journal of International Law*, vol. 16, 5, 2006, pp. 908 y 920.

⁶⁶ Cfr: MACDONALD, R. S. J., «The margin of appreciation», en Ronald St. John Macdonald, Herbert Petzold (eds.) *The European system for the protection of human rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, p.123.

⁶⁷ Cfr. SUMPTION, J., "Limits of law", cit.,p. 9.

sentido literal del texto ratificado—, como en el momento presente —ya que la incorporación del Protocolo núm. 15 en agosto de 2021, que incorpora al preámbulo una referencia expresa al principio de subsidiariedad y al margen de apreciación, refleja el deseo de las Partes de una mayor deferencia en su papel de protección de los derechos—.

Desde esta perspectiva, se puede afirmar que el TEDH carece de legitimación democrática para crear derechos. Los Estados realmente no acordaron, ni han querido, ni aceptan dar “carta blanca” a la Corte⁶⁸, consintiendo un uso de la interpretación evolutiva que expanda de forma ilimitada el alcance de los derechos y aumente el número de sus obligaciones.

6. Ausencia de *checks and balances*

El concepto tradicional de separación de poderes no puede aplicarse al sistema del Consejo de Europa ni del Convenio, ya que son los Estados parte los que concentran los tres poderes. El TEDH solo tiene poder jurisdiccional⁶⁹, por lo que, al no existir un poder legislativo, (la asamblea parlamentaria no lo es), ni un ejecutivo (papel que tampoco desempeña el Comité de Ministros), el sistema carece de *checks and balances* que puedan corregir posibles excesos⁷⁰.

Por lo tanto, una interpretación evolutiva “creativa” supone la ruptura de este principio del Estado de Derecho⁷¹ ya que implica la concentración en el TEDH el poder ejecutivo y legislativo, e incluso constituyente, de los Estados⁷².

7. Cuestionamiento por parte de los Estados

Esta jurisprudencia más innovadora ha provocado que, desde hace algunos años, el entusiasmo por el TEDH se haya transformado en escepticismo o incluso

⁶⁸ Cfr: MAHONEY, P., “Judicial activism and judicial self-restraint in the ECHR: two sides of the same coin”, cit., p. 68.

⁶⁹ En palabras de ALKEMA, se trata de un sistema de “una sola pata” en ALKEMA, E. A., «The European Convention as a constitution and its Court as a constitutional court. Studies in memory of Rolv Ryssdal.», en Rolv Ryssdal, Paul Mahoney (eds.) *Protecting Human Rights: The European Perspective*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 2000, pp. 45 y 47.

⁷⁰ Cfr: MURRAY, J., «The role of consensus in the system of the European Convention on Human Rights», en *Dialogue between judges*, 2008, p. 27 y HELGESEN, J.E., «What are the limits to the evolutive interpretation of the Convention?», en *Dialogue between judges*, 2011, p. 22.

⁷¹ Cfr: GÓMEZ MONTORO, Á. J., «La obsolescencia de los derechos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 115, 2019, p. 52.

⁷² Cfr: VON BOGDANDY, A. Y VENZKE, I., *¿En nombre de quién? una teoría de derecho público sobre la actividad judicial Internacional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, p.184.

cuestionamiento hacia la legitimidad del Tribunal⁷³. Las críticas más severas provienen del Reino Unido, pero también hay otros países como Francia, Países Bajos, Noruega e Italia que han expresado opiniones críticas hacia Estrasburgo⁷⁴.

Un ejemplo reciente y relevante es la reacción de Suiza frente a la condena por incumplimiento de sus obligaciones de protección frente al cambio climático en el *Caso Verein Klimaseniorinnen Schweiz y otros contra Suiza*⁷⁵. Tanto el Parlamento, el Gobierno y el poder judicial, como la opinión pública han criticado duramente la resolución, señalando que el Tribunal se ha excedido en su actividad interpretativa exponiéndose a acusaciones de activismo judicial⁷⁶.

Sin ser alarmante, el cuestionamiento de la Corte es una realidad palpable y las críticas de los Estados miembros no deben ser desdeñadas, ya que reflejan una clara erosión de la legitimidad democrática del Tribunal, y no son la causa de esta⁷⁷. Cuando la doctrina del margen de apreciación no contrarresta adecuadamente la interpretación evolutiva del Convenio⁷⁸, las Partes Contratantes se muestran a menudo escépticas al verse obligadas a contraer obligaciones que nunca habían suscrito⁷⁹.

⁷³ Cfr. DZEHTSIAROU, K. Y TZEVELEKOS, V. P., «The Conscience of Europe that Landed in Strasbourg: A Circle of Life of the European Court of Human Rights», *European Convention on Human Rights Law Review*, vol. 1, 1, 2020, p. 2.

⁷⁴ Cfr. POPELIER, P. Y LAMBRECHT, S. Y LEMMENS, K., *Criticism of the European Court of Human Rights. Shifting the Convention system: Counter-Dynamics at the National and EU level*, Intersentia, Cambridge, 2016, p.10.

⁷⁵ STEDH, *Caso Verein Klimaseniorinnen Schweiz y otros contra Suiza*, de 9 de abril de 2024, cit.

⁷⁶ Sobre esta cuestión, ya tratada en un trabajo anterior en ACOSTA MASSÓ, A., «¿Está realmente el Tribunal de Estrasburgo en la «era de la subsidiariedad» tras la entrada en vigor del protocolo núm. 15? A propósito de STEDH, *Caso Verein Klimaseniorinnen Schweiz y Otros contra Suiza*, de 9 de abril de 2024», *Revista General de Derecho Constitucional*, vol. 42, 2025.

⁷⁷ Cfr. ZWART, T., «More Human Rights than Court: Why the legitimacy of The european Court of Human Rights is in need of reappear and how it can be done», en *The European Court of Human Rights and its discontents. Turning Criticism into Strength*, Edward Elgar Publishing, Glos, 2013, p. 81.

⁷⁸ Es interesante la tesis de MAHONEY que sostiene que margen de apreciación y la interpretación evolutiva no son antagónicos, sino elementos interpretativos complementarios e inherentes a la naturaleza del Convenio. El primero, evita que el Convenio se vuelva ineficaz con el tiempo, y, el segundo, marca los límites de la interpretación, señalando cuándo se está invadiendo el poder legislativo o de modificación de tratado de los Estados contratantes. *Vid.* MAHONEY, P., «Judicial activism and judicial self-restraint in the ECHR: two sides of the same coin», cit.

⁷⁹ Cfr. PARIS, D., «Allies and Counterbalances Constitutional Courts and the European Court of Human Rights: A Comparative Perspective», *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 77, 2017, p. 642.

IV. CONCLUSIONES

El objetivo de protección de los derechos instaurado en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos es evidentemente relevante y necesario. No se pretende poner en duda la necesidad de que se tenga en cuenta el progreso social y cultural para que dicha protección sea eficaz, pero sí cuestionar ciertos modos de proceder del TEDH. Es cierto que no existe una línea fronteriza exacta entre una interpretación evolutiva respetuosa con el texto y otra creativa, que dé lugar a nuevos derechos humanos⁸⁰. Precisamente ante la duda, la posición del Tribunal le debería conducir a una utilización cuidadosa y cautelosa de esta doctrina interpretativa⁸¹. Para evitar desnaturalizar el Convenio y garantizar su perdurabilidad, sería recomendable que el Tribunal se abstuviera de crear, por vía interpretativa, derechos no contemplados expresamente en el Convenio, por mucho que sean útiles o deseables⁸². Asimismo, ante el silencio del Convenio, se sugiere la aplicación del margen de apreciación como mecanismo que, fundado en el principio de subsidiariedad, contribuye a legitimar democráticamente al Tribunal y a equilibrar el sistema

⁸⁰ Cfr. BERNHARDT, R., "Evolutive Treaty Interpretation, especially of the European Convention on Human Rights", cit., p.23.

⁸¹ Opinión parte concurrente y parte disidente del juez Eick en STEDH, *Caso Verein Klimaseniorinnen Schweiz y otros contra Suiza*, de 9 de abril de 2024, cit., par. 3.

⁸² Opinión disidente del Juez Myjer en STEDH, *Caso Muñoz Díaz contra España*, de 8 diciembre de 2009.

2. EL PAPEL DEL PROCEDIMIENTO DE CUESTIÓN PREJUDICIAL EN LA TUTELA DEL ESTADO DE DERECHO EN LA UNIÓN EUROPEA ENTRE DIÁLOGO JUDICIAL, PRIMACÍA Y GARANTÍAS SISTÉMICAS

Emanuela De Falco⁸³

ÍNDICE: 1. Introducción; 2. El diálogo judicial en el ordenamiento jurídico de la Unión; 3. El procedimiento de cuestión prejudicial y la tutela del Estado de Derecho; 4. Tensiones y desafíos entre primacía, cuestión prejudicial y control constitucional; 4.1 La experiencia italiana; 5. La disminución del procedimiento de cuestión prejudicial y sus implicaciones sistémicas; 6. Experiencia comparada y protección de la identidad constitucional; 7. Conclusiones.

RESUMEN: El trabajo analiza el papel del procedimiento de cuestión prejudicial en la protección del Estado de Derecho en la Unión Europea, situándolo en el marco del diálogo judicial entre tribunales nacionales, constitucionales y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). En un sistema jurídico multinivel, la cuestión prejudicial (art. 267 TFUE) constituye la “piedra angular” del sistema jurisdiccional europeo, al asegurar la interpretación uniforme del Derecho de la Unión y fomentar una relación de cooperación e interdependencia entre ordenamientos.

El estudio pone de relieve la evolución jurisprudencial del TJUE en esta materia, especialmente desde el asunto *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, que ha reforzado la conexión entre los artículos 2 y 19 TUE, configurando la independencia judicial como un elemento estructural del Estado de Derecho. En este contexto, la cuestión prejudicial no solo garantiza la uniformidad interpretativa, sino que se consolida como un instrumento clave para la protección de los valores fundamentales de la Unión.

No obstante, el trabajo identifica tensiones entre el principio de primacía, la inaplicación del Derecho nacional y el control de constitucionalidad. Mientras que la inaplicación judicial puede generar riesgos de fragmentación, el control constitucional

⁸³ Doctora en Derecho de la Unión Europea por las Universidades de Padua y de Nápoles «Parthenope». Ha sido investigadora visitante predoctoral en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y en el Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR) de la misma Facultad durante los meses de marzo, mayo y junio de 2025.

—cuando concurre un “tono constitucional”— permite soluciones uniformes con efectos *erga omnes*. La experiencia italiana refleja esta evolución hacia un modelo cooperativo, en el que la *Corte costituzionale* integra la cuestión prejudicial y reconoce un “*surplus di garanzia*”. Finalmente, se observa una reducción en el uso de este mecanismo, lo que produce asimetrías en el diálogo judicial.

En conclusión, la tutela del Estado de derecho descansa en una red multinivel de garantías que exige una cooperación judicial sólida y una fuerte conciencia cívica europea para garantizar la coherencia y la efectividad del ordenamiento europeo.

1. Introducción

El debate contemporáneo sobre la crisis del Estado de Derecho en Europa ha puesto de relieve el papel fundamental que desempeñan los tribunales en la protección de los valores constitucionales de la Unión. En particular, el sistema jurisdiccional europeo se caracteriza por una estructura multinivel en la que interactúan el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los órganos jurisdiccionales nacionales, incluidos los tribunales constitucionales. Esta arquitectura judicial compleja refleja la naturaleza misma del ordenamiento jurídico de la Unión, basado en la cooperación entre distintos niveles jurisdiccionales y en la participación activa de los jueces nacionales en la aplicación del Derecho europeo.

En este contexto, el procedimiento de cuestión prejudicial previsto en el artículo 267 TFUE constituye el mecanismo central que permite articular esta cooperación judicial. Desde esta perspectiva, ha sido definido por el propio Tribunal de Justicia como la «piedra angular» del sistema jurisdiccional de la Unión⁸⁴. A través de este instrumento, los jueces nacionales pueden suspender el procedimiento interno y plantear cuestiones relativas a la interpretación de los Tratados o a la validez e interpretación de los actos de las instituciones de la Unión⁸⁵, garantizando así una aplicación uniforme del Derecho europeo en todos los Estados miembros.

⁸⁴ Tribunal de Justicia, 18 de diciembre de 2014, Dictamen 2/13 sobre la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos, apdo. 176; 6 de marzo de 2018, *Slowakische Republik c. Achmea BV*, C-284/16, apdo. 37; 24 de junio de 2019, *Comisión Europea c. República de Polonia*, C-619/18, apdo. 45.

⁸⁵ R. Alonso García, “Cuestión prejudicial europea y amnistía”, en Almacén de Derecho, 17 de enero de 2024, para quien “Queda claro, pues, que la activación de la cuestión prejudicial conlleva la suspensión del proceso a quo, por mor del propio Derecho de la Unión; lo cual implica que ninguna legislación nacional puede en principio modular, menos aún limitar o impedir, tales efectos suspensivos”.

El presente trabajo se propone analizar el papel del procedimiento de cuestión prejudicial en la tutela del Estado de Derecho en la UE, situándolo en el marco más amplio del diálogo judicial entre tribunales nacionales, tribunales constitucionales y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A tal fin, se examinará cómo este mecanismo contribuye a garantizar la primacía y la aplicación uniforme del Derecho de la Unión, así como su función específica en la protección de los valores fundamentales consagrados en los artículos 2 y 19 TUE. Asimismo, se abordarán las limitaciones prácticas del sistema, así como la interacción entre la cuestión prejudicial y otros instrumentos jurisdiccionales —como el control de constitucionalidad— que, dentro de una lógica de complementariedad entre tribunales, contribuyen a reforzar la tutela multinivel del Estado de Derecho en Europa.

2. El diálogo judicial en el ordenamiento jurídico de la Unión

En el marco institucional de la Unión Europea, las relaciones entre tribunales no responden a un modelo jerárquico en el que el Tribunal de Justicia imponga unilateralmente su interpretación a los órganos jurisdiccionales nacionales. El funcionamiento real del sistema revela, más bien, una interacción continua entre distintos niveles jurisdiccionales, en la que los tribunales de los Estados miembros —incluidos los tribunales constitucionales— contribuyen activamente a la formación progresiva del acervo constitucional europeo y a la definición concreta de los valores compartidos sobre los que se asienta la integración jurídica europea.

El instrumento que hace posible esta interacción es, principalmente, el mecanismo de la cuestión prejudicial⁸⁶, gracias al cual los tribunales nacionales pueden entablar un diálogo directo con el Tribunal de Justicia, favoreciendo un intercambio interpretativo que ha consolidado una relación particularmente intensa entre Luxemburgo y las jurisdicciones constitucionales de los Estados miembros. Este mecanismo fue concebido por los redactores de los Tratados como un auténtico instrumento de diálogo entre jueces, destinado a garantizar que los jueces nacionales y los jueces de la Unión cooperen como si pertenecieran a una única comunidad de Derecho⁸⁷.

⁸⁶ Tesauro, G. (2023). *Manuale di diritto dell'Unione europea*, P. De Pasquale & F. Ferraro, (Eds.). Vol. 1, 4.^a ed., Napoli: Editoriale Scientifica. (pp. 455 y ss.)

⁸⁷ Sobre la Comunidad de Derecho, sea permitido remitir, para un análisis más detallado, a De Falco, E. (2026). ¿Puede una conciencia política europea garantizar el Estado de Derecho? Breves reflexiones en torno a la idea de Comunidad de Derecho en la Unión Europea (WP IDEIR n.º 43).

Desde esta perspectiva, interpretar las relaciones entre el Tribunal de Justicia y los tribunales constitucionales como si se tratara de un enfrentamiento entre soberanías resulta metodológicamente inadecuado. Lo que caracteriza al sistema jurídico europeo no es una lógica de conflicto, sino una forma compleja de interdependencia entre ordenamientos jurídicos, dentro de la cual cada tribunal desempeña funciones propias que se integran en un mismo entramado institucional.

Esta lógica cooperativa ha adquirido una relevancia aún mayor a medida que el debate jurídico europeo se ha desplazado hacia cuestiones relacionadas con la protección de los derechos fundamentales y con la salvaguardia del Estado de Derecho.

Por una parte, el Tribunal de Justicia se ha visto obligado a ejercer su función interpretativa teniendo en cuenta el principio de atribución de competencias. En efecto, la interpretación de los Tratados así como de la Carta de los Derechos Fundamentales no puede utilizarse como una vía indirecta para ampliar el ámbito competencial de la Unión más allá de lo previsto en los mismos Tratados⁸⁸. Por otra parte, los tribunales constitucionales continúan siendo los principales garantes de la protección de los derechos fundamentales en los ordenamientos nacionales⁸⁹. El encuentro entre ambos niveles jurisdiccionales se produce, por tanto, en un terreno particularmente delicado, en el que confluyen las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y el desarrollo progresivo del derecho constitucional europeo.

Conviene recordar, además, que los “valores” comunes de la Unión surgieron de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros⁹⁰. Del mismo modo, los principios generales del Derecho de la Unión elaborados por el Tribunal de Justicia han pasado a formar parte del patrimonio jurídico interno de los Estados miembros como consecuencia del proceso de integración europea.

De hecho, desde la década de 1960, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha consolidado progresivamente como intérprete autorizado del derecho comunitario. Fue a través de sus primeras decisiones cuando se definió la Comunidad Económica

⁸⁸ Véase Cano Montejano, J. C. (2021). *El futuro de la Unión Europea: el modelo español de sistemas forales* (p. 11). Fundación Popular de Estudios Vascos, que se refiere al «carácter expansivo por naturaleza» del Derecho de la Unión.

⁸⁹ Tizzano, A. (2019). *Sui rapporti tra giurisdizioni in Europa. Diritto dell'Unione Europea*, (1), 18.

⁹⁰ Jacobs, F. G. *The sovereignty of law: The European way*, Cambridge University Press, 2007; Von Bogdandy, A. *Principles and Challenges of a European Doctrine of Systemic Deficiencies*, Max Planck Institute, fasc. 2019/14, p. 14.

Europea como una auténtica Comunidad de Derecho, basada en principios jurídicos propios y distintos de los del derecho internacional clásico⁹¹.

El punto de inflexión interpretativo se remonta a la histórica sentencia *Van Gend en Loos* (1963), en la que el Tribunal reconoció que la Comunidad Europea constituía «un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales» de manera que, «el Derecho comunitario, autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros, al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar derechos que se incorporan a su patrimonio jurídico». Posteriormente, con la sentencia *Costa c. ENEL* (1964), el Tribunal consagró el principio de primacía del derecho comunitario sobre las normas nacionales, condición esencial para garantizar la unidad, coherencia y efectividad del ordenamiento jurídico europeo⁹². Por ello, el diálogo entre jurisdicciones no puede considerarse únicamente una cuestión técnica relativa al funcionamiento del sistema judicial europeo⁹³.

⁹¹ Von Danwitz, T. (2014). The Rule of Law in the recent jurisprudence of the ECJ. *Fordham International Law Journal*, 37(5), 1314-1316; Pitruzzella, G. (2021). L'Unione europea come "comunità di valori" e la forza costituzionale del valore dello "stato di diritto". *Federalismi*, (28), 8-ss. Sobre los principios, véanse las siguientes sentencias del Tribunal de Justicia: 11 de julio de 1957, *Algera*, asunto 7/56 – legalidad; 22 de marzo de 1961, *SNUPAT*, asunto 42/59, y de 5 de marzo de 1980, *Ferwerda*, asunto 265/78 – seguridad jurídica; 25 de febrero de 1969, *Klomp*, asunto 23/68, apdos. 12-14 – confianza en la estabilidad del ordenamiento jurídico; 17 de diciembre de 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, asunto 11/70; de 29 de abril de 1982, *Merkur*, asunto 147/81; 17 de mayo de 1984, *Denkavit*, asunto 15/83 – proporcionalidad.

⁹² Tribunal de Justicia, 5 de febrero de 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62, apartados 22-23; 15 de julio de 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, C-6/64. En la doctrina, véase R. Alonso García, "La autonomía del Derecho de la Unión: mito y realidad", en *Hacedores de Derecho*, discurso de doctorado honoris causa por la Universidad de Buenos Aires (Argentina), 5 de octubre de 2011, p. 60.

⁹³ Un elemento central de este modelo es la existencia de un diálogo constante entre las instituciones supranacionales y los Estados miembros, en la perspectiva de un «pleno respeto recíproco». En este sentido, K. Lenaerts [(2022) National identity, the equality of Member States before the Treaties and the primacy of EU law. En B. Carotti (Ed.), *Identità nazionale degli Stati membri, primato del diritto dell'Unione europea, stato di diritto e indipendenza dei giudici nazionali* (pp. 9-ss.). Roma; Id. *La cooperazione fra le alte corti è essenziale alla democrazia e al progetto europeo – Aiutiamo i cittadini a capire le nostre sentenze*. <https://www.spreaker.com/user/11851781/intervista-lenaerts>] subraya que la relación entre identidad nacional, igualdad de los Estados miembros y primacía del Derecho de la Unión exige un equilibrio dinámico basado en la cooperación entre las altas jurisdicciones la cual constituye un pilar esencial tanto para la democracia como para el propio proyecto europeo. Desde esta perspectiva, el principio de cooperación leal se proyecta también sobre el ejercicio de las competencias del Tribunal de Justicia. No obstante, aun reconociendo un margen de autonomía a los Estados miembros, parte de la doctrina ha señalado que, en determinadas ocasiones, dicho principio ha sido interpretado de manera que favorece una expansión de las competencias de la Unión en detrimento de las prerrogativas estatales. En esta línea, la *Corte costituzionale* italiana (*Sentencia n.º 85/2013*, de 9 de mayo de 2013) ha advertido que una expansión incontrolada de un derecho puede convertirlo en «tirano» respecto de otras situaciones jurídicas constitucionalmente protegidas (párr. 9), poniendo así de relieve la necesidad de preservar un equilibrio entre los distintos niveles de protección. Por su parte, el Abogado General Cruz Villalón en sus conclusiones [14 de enero de 2015, C-62/14, *Gauweiler*] sostiene que las jurisdicciones nacionales deben plantear sus dudas de forma leal, mostrando confianza en la respuesta del Tribunal, mientras que este último debe

También plantea interrogantes de carácter cultural e institucional, ya que afecta a la manera en que se conciben la identidad constitucional, la tutela de los derechos fundamentales, de la protección del Estado de Derecho y el papel de los tribunales en el proceso de integración.

El procedimiento de cuestión prejudicial y la tutela del Estado de Derecho

La relevancia del procedimiento de cuestión prejudicial en la protección del Estado de Derecho se ha manifestado con especial claridad en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a los artículos 2 y 19 TUE.

Un punto de inflexión en esta evolución jurisprudencial lo constituye la sentencia *Associação Sindical dos Juizes Portugueses (ASJP)*, en la que el Tribunal de Justicia afirmó por primera vez que el artículo 19 TUE impone a los Estados miembros la obligación de garantizar la independencia de los órganos jurisdiccionales nacionales encargados de aplicar el Derecho de la Unión. En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia, como intérprete del derecho de la UE⁹⁴, amplió significativamente el alcance del principio del Estado de Derecho dentro del ordenamiento jurídico europeo. En particular, afirmó que el artículo 19 TUE constituye una concreción del valor del Estado de Derecho consagrado en el artículo 2 TUE⁹⁵. En el texto vigente de los Tratados, el artículo 2 TUE ya no se limita a mencionar principios, sino que enuncia «valores» comunes, extraídos de las tradiciones constitucionales y de las prácticas compartidas de los Estados miembros. Sobre esta base, el Tribunal de Justicia ha ido elaborando progresivamente una identidad constitucional de la Unión⁹⁶ dotada de valor jurídico vinculante que, lejos de reducirse a un concepto político o simbólico, se arraiga en el Estado de Derecho como elemento estructural y sustantivo del ordenamiento europeo.

responder con el máximo grado de lealtad, teniendo en cuenta las preocupaciones expresadas por aquellas (párrs. 64–67). En sentido contrario, R. Palladino y A. Festa [(2022) *Il primato del diritto dell’Unione europea nei dissoi logoi* tra la Corte di giustizia e le alte corti ungherese, polacca e rumena. *Questioni sullo Stato di diritto. Eurojus*, (2), 60] ponen de manifiesto que, en algunos contextos, se ha producido una instrumentalización de ciertas doctrinas constitucionales para limitar el control supranacional, evidenciando las tensiones persistentes en torno al principio de primacía y al Estado de Derecho en la Unión.

⁹⁴ Corresponde al Tribunal de Justicia garantizar que la interpretación y aplicación de los Tratados se ajuste al derecho, tal como dispone el artículo 19 del TFUE.

⁹⁵ Tribunal de Justicia, 27 de febrero de 2018, ASJP, C-64/16, apartado 32.

⁹⁶ Isensee, J. (2003). *Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht? En Leistungsgrenzen des Verfassungsrechts. Öffentliche Gemeinwohlverantwortung im Wandel: Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in St. Gallen vom 1. bis 5. Oktober 2002* (Vol. 62, p. 208). De Gruyter. [2-II-2024].

Partiendo de la premisa de que la Unión se basa en valores, como el Estado de Derecho, que son comunes a los Estados miembros, el Tribunal subrayó la existencia de una relación de *mutual trust* entre los Estados miembros y entre sus respectivos tribunales⁹⁷. De esta premisa se deriva que cada Estado miembro está obligado a garantizar un sistema de recursos y procedimientos judiciales que asegure una tutela jurisdiccional efectiva, en la que los jueces cumplan los requisitos de independencia e imparcialidad propios de un Estado de Derecho⁹⁸. Este papel más recientemente ha sido confirmado y anclado en *D.K.*⁹⁹, consolidando la idea de que la independencia judicial constituye un elemento estructural del ordenamiento jurídico de la Unión. Además, el Tribunal de Justicia ha afirmado que el artículo 2 TUE «no constituye una mera enunciación de orientaciones o de intenciones de naturaleza política, sino que contiene valores que [...] forman parte de la propia identidad de la Unión como ordenamiento jurídico común»¹⁰⁰. De ello se desprende que el respeto del Estado de Derecho constituye una obligación jurídica para todos los Estados miembros, con independencia de las especificidades de sus respectivas identidades constitucionales. En este sentido, aunque el Tribunal de Justicia reconoce que corresponde a los Estados miembros organizar sus propios sistemas judiciales, ha reiterado que dicha competencia debe ejercerse respetando las obligaciones derivadas de los Tratados. De este modo, el control europeo de la independencia judicial se configura como un mecanismo de equilibrio entre la autonomía constitucional de los Estados miembros y la identidad constitucional del ordenamiento de la Unión, desempeñando el Tribunal de Justicia un papel de árbitro último en la preservación de dicho equilibrio¹⁰¹. A partir de la sentencia *ASJP*, el Tribunal de Justicia ha ido consolidando una línea jurisprudencial que interpreta el artículo 19 TUE como un estándar autónomo de control de las medidas nacionales susceptibles de afectar a la independencia

⁹⁷ ASJP, apartado 30.

⁹⁸ *Ibid.*, apartado 40. La innovación de esta sentencia reside en haber extendido el alcance del derecho de la UE y de la tutela del *rule of law*, favoreciendo el artículo 19, párrafo 1, TUE –que asegura la tutela jurisdiccional en los ámbitos regulados por el derecho de la Unión– como cláusula jurídicamente válida para identificar el *rule of law* ex art. 2 TUE, en relación con el artículo 47 de la Carta, aplicable cuando se implementa el derecho de la UE. Esto permite identificar aquellas violaciones que, aunque no estén directamente bajo el ámbito del derecho de la UE, amenazan sus áreas vitales.

⁹⁹ Tribunal de Justicia, 6 de marzo de 2025, *D. K.* (Dessaisissement d'un juge), C-647/21 y C-648/21.

¹⁰⁰ Tribunal de Justicia, 16 de febrero de 2022, *Hungría c. Parlamento y Consejo*, C-156/21, apdo. 232.

¹⁰¹ Para una visión general de las diferentes decisiones de la jurisprudencia del Tribunal, véase García-Valdecasas Dorrego, M. J. (2022). Estado de derecho e independencia judicial en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE: La consagración de la identidad constitucional europea. *Revista Española de Derecho Europeo*, 82, 19–76. Madrid.

judicial¹⁰². De acuerdo con esta interpretación, los Estados miembros están obligados a garantizar que los órganos jurisdiccionales nacionales que pueden conocer de cuestiones de Derecho de la Unión cumplan los requisitos de independencia e imparcialidad propios de una tutela judicial efectiva¹⁰³.

Uno de los aspectos más significativos de esta evolución jurisprudencial es que el Tribunal de Justicia ha afirmado que el artículo 19 TUE puede aplicarse incluso en ausencia de una medida nacional directamente vinculada a la aplicación del Derecho de la Unión. En otras palabras, el control del respeto al Estado de Derecho puede activarse siempre que el órgano jurisdiccional nacional pueda potencialmente aplicar o interpretar normas del Derecho de la Unión. Esta interpretación amplía de manera considerable el alcance del control jurisdiccional europeo y refuerza el papel de la cuestión prejudicial como instrumento fundamental para la tutela del Estado de Derecho.

Este debate se conecta igualmente con el principio de primacía del Derecho de la Unión, lo cual no se limita a resolver contradicciones normativas entre disposiciones nacionales y europeas, sino que constituye también una garantía estructural destinada a asegurar que el Derecho de la Unión produzca efectos equivalentes en todos los Estados miembros.

3. Tensiones y desafíos entre primacía, cuestión prejudicial y control constitucional

El principio de primacía del Derecho de la Unión implica que, cuando una norma nacional resulta incompatible con una disposición europea, esta última debe prevalecer. De esta premisa se desprende que los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a dejar sin aplicación la norma interna incompatible cuando constaten

102 Tribunal de Justicia., 24 de junio de 2019, Comisión c. Polonia, C-619/18; 5 de noviembre de 2019, Comisión c. Polonia, C-192/18.

103 Ibid., Comisión c. Polonia, C-619/18, apdo. 51. El Tribunal de Justicia subraya (véase, en este sentido, ASJP, C-64/16, párrs. 40–41) que: «en la medida en que el Tribunal de Contas esté facultado, en calidad de «órgano jurisdiccional», para pronunciarse sobre cuestiones relativas a la aplicación o interpretación del Derecho de la Unión, extremo que incumbe verificar al tribunal remitente, el Estado miembro de que se trata deberá garantizar que aquel órgano cumpla las exigencias inherentes a la tutela judicial efectiva, de conformidad con el artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo. A efectos de garantizar la tutela judicial efectiva, resulta primordial preservar la independencia de tal órgano, como así lo confirma el artículo 47, párrafo segundo, de la Carta, precepto que, entre las exigencias vinculadas al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, menciona el acceso a un juez «independiente»». Véase Carta, M. (2020). La recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in merito all'inadempimento agli obblighi previsti dagli articoli 2 e 19 TUE: Evolutionary or revolutionary road per la tutela dello Stato di diritto nell'Unione europea? *Rivista.eurojus.it*, Fascículo 1, 5.

dicha contradicción en el proceso a quo. Este mecanismo permite asegurar que el Derecho de la Unión produzca efectos inmediatos y homogéneos en todos los Estados miembros, evitando que soluciones divergentes a nivel nacional comprometan la coherencia del sistema jurídico europeo. Al mismo tiempo, cuando surgen dudas sobre el significado o la validez de las normas europeas, los tribunales nacionales pueden solicitar al Tribunal de Justicia que esclarezca las cuestiones interpretativas cuya resolución resulta determinante para la decisión del proceso a quo, mediante el ya mencionado artículo 267 del TFUE, concebido como instrumento para garantizar una interpretación uniforme del Derecho de la Unión¹⁰⁴. En consecuencia, la combinación de la inaplicación de la norma nacional incompatible y del recurso a la cuestión prejudicial constituye la base del sistema destinado a garantizar la efectividad del Derecho de la Unión. Sin embargo, ambos mecanismos presentan ciertas limitaciones cuando se analizan desde una perspectiva sistémica, especialmente en aquellos supuestos en los que el conflicto afecta a disposiciones de alcance general o a principios de naturaleza constitucional¹⁰⁵.

La inaplicación de la norma interna, que puede ser realizada no solo por los jueces sino también por las autoridades administrativas, opera necesariamente de forma fragmentaria. Cada órgano decide en el contexto del caso concreto, lo que puede generar soluciones divergentes según el tribunal competente, el órgano administrativo implicado o incluso la interpretación adoptada por distintas secciones judiciales.

Ante este escenario, la doctrina se ha planteado diversas cuestiones relevantes¹⁰⁶.

¿En qué situaciones es insuficiente la inaplicación dispersa de la norma nacional para garantizar la seguridad y coherencia jurídicas en la aplicación del Derecho de la Unión? Este problema aparece con especial intensidad cuando la incompatibilidad afecta a normas de carácter general destinadas a aplicarse de forma reiterada por una pluralidad de órganos jurisdiccionales y administrativos, ya que confiar

¹⁰⁴ Con respecto a la doctrina de la interpretación conforme: Tribunal de Justicia, 10 de abril de 1984, Sabine von Colson y Elisabeth Kamann, C-14/83, párr. 26; 8 de noviembre de 2019, Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales. Diario Oficial de la Unión Europea, 2019/C 380/01.

¹⁰⁵ J. C. Cano Montejano, La jurisprudencia constitucional y la identidad nacional: dilema o aporía, en J. Fernández-Miranda Fernández-Miranda, M. O. Godoy e I. Álvarez Rodríguez (eds.), *Identidad constitucional de la Unión Europea y elemento cultural*, 1.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2024, p. 406.

¹⁰⁶ De Pasquale, P. (2026). Il dialogo tra le Corti. Uniformità del diritto UE e rimedi interni: perché l'intervento accentrato della Consulta è talvolta necessario. *Unione europea e diritti*, Fascículo 1.

exclusivamente solo en la inaplicación puede dar lugar a resultados desiguales y a una fragmentación normativa que genera incertidumbre para los destinatarios de la norma. Además, cabe considerar el valor añadido de la intervención del Tribunal constitucional cuando el conflicto presenta una dimensión constitucional, en particular cuando están en juego derechos fundamentales o principios estructurales del ordenamiento, ya que una decisión de inconstitucionalidad produce efectos generales y elimina la disposición del ordenamiento jurídico. Así, se ofrece una solución estable y uniforme al conflicto entre Derecho nacional y Derecho de la Unión, y el control constitucional reforzaría la eficacia del principio de primacía y la seguridad jurídica, así como la igualdad en la aplicación del Derecho, objetivos que difícilmente pueden alcanzarse únicamente mediante decisiones individuales de inaplicación.

Finalmente, es necesario reflexionar sobre la relación entre la intervención del tribunal constitucional y el mecanismo de la cuestión prejudicial. El Tribunal de Justicia sigue siendo el órgano encargado de asegurar la interpretación uniforme del Derecho de la Unión, por lo que el control constitucional no puede concebirse como una alternativa a dicho mecanismo. Más bien, en el contexto de una cooperación leal entre jurisdicciones, ambos niveles de intervención pueden coexistir de manera complementaria. Mientras el Tribunal de Justicia se ocupa de la interpretación y de la validez del Derecho de la Unión, el tribunal constitucional puede garantizar, dentro del ordenamiento interno, una solución general a los conflictos normativos que presentan relevancia constitucional.

En este contexto también resulta pertinente preguntarse si la coexistencia de distintos instrumentos de tutela —como la inaplicación, la interpretación conforme, la cuestión prejudicial y el control de constitucionalidad— puede influir en las decisiones de los jueces respecto a la utilización del procedimiento de cuestión prejudicial. Aunque no es posible establecer relaciones causales directas, la disponibilidad de soluciones internas capaces de resolver de forma general los conflictos entre derecho nacional y derecho de la Unión podría incidir en el modo en que los tribunales nacionales recurren al Tribunal de Justicia, con posibles efectos sobre el equilibrio general del sistema de garantías del Derecho de la Unión.

Para abordar estas cuestiones, es útil recordar que, desde la ya mencionada *Costa c. ENEL*¹⁰⁷, el Tribunal de Justicia dejó claro que la integración del Derecho de la Unión en los ordenamientos nacionales implica que las normas europeas prevalecen sobre aquellas disposiciones internas incompatibles. Esta primacía no responde únicamente a una jerarquía normativa, sino que constituye un requisito estructural para garantizar la coherencia del ordenamiento supranacional, la igualdad de los destinatarios y la seguridad jurídica, lo que explica por qué la primacía presenta una dimensión aplicativa eminentemente dinámica¹⁰⁸. Con el asunto *Simmenthal*¹⁰⁹, el Tribunal de Justicia estableció la consecuencia práctica de este principio: el juez nacional debe inaplicar de manera inmediata cualquier norma interna contraria al Derecho de la Unión, asegurando así que las disposiciones europeas se apliquen plenamente y de forma uniforme en todos los Estados miembros. La uniformidad, por tanto, no es un efecto secundario del principio de primacía, sino una dimensión intrínseca que se concreta mediante un mecanismo de protección difusa confiado a los jueces y, según la jurisprudencia europea, también a las autoridades administrativas. Esta interpretación activa del papel de los tribunales nacionales fue posteriormente acogida y reinterpretada por la *Corte costituzionale*, por ejemplo en la sentencia *Granital*¹¹⁰, reconociendo al juez nacional la facultad-deber de inaplicar normas internas incompatibles con el Derecho de la Unión, en coherencia con el principio de eficacia inmediata.

No obstante, la naturaleza dispersa y circunstancial de la inaplicación revela limitaciones cuando el conflicto afecta a normas de carácter general o a derechos fundamentales y principios constitucionales. En estas situaciones, depender únicamente de decisiones individuales puede generar aplicaciones heterogéneas, desigualdades en el trato y comprometer la igualdad sustantiva entre los destinatarios de la norma.

Es precisamente en este contexto en el que adquieren relevancia las sentencias recientes de la *Corte costituzionale* italiana (2024–2026). No se trata de que la *Corte* “constitucionalice” cada conflicto entre Derecho interno y Derecho de la Unión, sino

¹⁰⁷ Véase Alonso García, R. (2011). La autonomía del Derecho de la Unión: mito y realidad. En *Hacedores de Derecho*, discurso de doctorado honoris causa por la Universidad de Buenos Aires (Argentina), 5 de octubre de 2011, p. 60.

¹⁰⁸ Sarmiento, D. (2024). *Curso de Derecho de la Unión Europea* (p. 101). Madrid: Marcial Pons.

¹⁰⁹ Tribunal de Justicia, 9 de marzo de 1976, *Simmenthal*, asunto 106/77.

¹¹⁰ Corte Costituzionale, 8 de junio de 1984, *Granital*, sentencia n.º 170.

de que, ante cuestiones con un auténtico “tono constitucional” —cuando están en juego derechos fundamentales, el principio de igualdad o intereses generales de rango primario— la intervención concentrada del tribunal de garantías, con efectos *erga omnes*, se vuelve no solo conveniente sino decisiva. La declaración de inconstitucionalidad de la norma interna permite eliminar la fuente del conflicto de manera uniforme, evitando la fragmentación en la protección de los derechos y la aplicación variable del principio de primacía.

En paralelo, la uniformidad de la aplicación encuentra respaldo adicional en el procedimiento ex artículo 267 TFUE¹¹¹. Así, si la centralización del control sobre la validez de los actos de la UE en Luxemburgo busca prevenir aplicaciones fragmentadas, resulta coherente que los ordenamientos nacionales puedan, y en ciertos casos deban, recurrir a un mecanismo equivalente: el pronunciamiento *erga omnes* del tribunal constitucional, cuando la norma interna incompatible incida sobre derechos fundamentales o principios supremos.

Desde esta perspectiva, la jurisprudencia constitucional italiana reciente muestra que la intervención concentrada no contradice el principio de primacía, sino que puede complementarlo. Al remover la norma interna con efectos generales, se asegura no solo la efectividad del Derecho de la Unión, sino también la certeza y la uniformidad de su aplicación.

4.1. La experiencia italiana

La jurisprudencia constitucional italiana más reciente¹¹² se sitúa dentro de un marco de refuerzo del diálogo judicial entre ordenamientos, superando la visión según la cual

¹¹¹ En particular, con la sentencia *Foto-Frost* (C-314/85, 22 de octubre de 1987), el Tribunal de Justicia afirmó que la competencia para declarar nulo un acto de la Unión corresponde exclusivamente al Tribunal, con el fin de evitar que decisiones judiciales nacionales divergentes comprometan la certeza y unidad del ordenamiento comunitario.

¹¹² *Ex multis*, Acocella, C. (2025). Implementing European Law Principles in the Framework of Transformations of the Relationships between National Legal Systems and EU Law. Reflections on the Ruling of the Italian Constitutional Court no. 181/2024. *Persona e Amministrazione*, 1; Amalfitano, C. (2025). “Tono costituzionale”: formalmente conciliante, sostanzialmente preoccupante. *Brevi riflessioni a partire dalla sentenza costituzionale n. 31/2025*. *RCE*, 1, 1–ss.; De Pasquale, P., & Pallotta, O. (2024). In tempi di sovranismo la Consulta difende il primato del diritto dell’Unione europea (e l’autonomia dei giudici). *EJ*, 4, 174–ss.; Ferraro, F. (2024). La Consulta si affida al “tono costituzionale” per estendere il suo controllo (anche) sulle norme dell’Unione provviste di effetto diretto. *EJ*, 4, 160–ss., espec. p. 166–167; Gambatesa, P. (2025). Reversing or Updating Granital? La nuova “regola 181” nell’ambito dei rapporti interordinamentali (in margine a Corte costituzionale, sentenza n. 181 del 2024). *Rivista AIC*, 3, 152–ss.; Pitruzzella, G. (2024, 30 de septiembre). La costruzione dello spazio costituzionale europeo nel “dialogo” tra Corte di giustizia e Corti costituzionali. *Relazione al V Incontro quadrilaterale “Corti costituzionali, attori del costituzionalismo europeo”*, Madrid, 26–28 settembre 2024. cortecostituzionale.it; Mastroianni,

el Tribunal de Justicia y la *Corte Costituzionale* deberían evitar cualquier encuentro salvo en caso de conflicto, de acuerdo con la teoría tradicional de los “*controlimiti*”¹¹³. Aunque esta doctrina desempeñó un papel importante en la construcción del constitucionalismo europeo y en la afirmación del diálogo entre ordenamientos, también generó el riesgo de interpretar las relaciones entre el ordenamiento de la Unión y los ordenamientos constitucionales nacionales en términos potencialmente conflictivos.

En las últimas décadas, sin embargo, la jurisprudencia constitucional italiana ha evolucionado hacia un enfoque más claramente cooperativo. Un momento especialmente significativo en este proceso se produjo en 2008, cuando la *Corte costituzionale*, mediante la ordenanza n.º 103/2008, decidió recurrir por primera vez al procedimiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia.

Este paso representó un cambio importante en la relación entre ambas jurisdicciones, al reconocer explícitamente el papel de la *Corte costituzionale* como interlocutor directo del Tribunal de Justicia dentro del sistema de cooperación judicial previsto por el artículo 267 TFUE. Desde entonces, el recurso al procedimiento de cuestión prejudicial por parte de la *Corte costituzionale* se ha consolidado progresivamente¹¹⁴,

R. (2025). La sentenza della Corte costituzionale n. 181 del 2024 in tema di rapporti tra ordinamenti, ovvero la scomparsa dell’articolo 11 della Costituzione. Quaderni AISDUE, 1–ss., espec. p. 14–ss.; Rossi, L. S. (2025). Il nuovo corso della Corte costituzionale italiana sui rapporti con l’ordinamento dell’Unione europea. *Federalismi.it*, editorial, 14; Schepisi, C., & Capuano, V. (Eds.). (2025). Primato del diritto dell’Unione europea, giudice nazionale e dialogo con le Corti: quali nuovi equilibri? *Eurojus*, fasc. espec.

¹¹³ La llamada teoría de la “reserva constitucional” suponía la idea de que el juez constitucional nacional se reservaba el derecho de reexaminar un acto de derecho derivado de la Unión si este cuestionaba un principio o derecho fundamental consagrado por la Constitución nacional. Tribunal de Justicia, 8 de septiembre de 2015, *Taricco*, C-105/14; Corte Costituzionale, 26 de enero de 2017, n. 24; Tribunal de Justicia, 5 de diciembre de 2017, *M.A.S. y M.B.*, C-42/17; Corte Costituzionale, sentencia de 14 de diciembre de 2017, n.º 269; J. C. Cano Montejano, *La jurisprudencia constitucional y la identidad nacional: dilema o aporía*, cit., p. 419; Pitruzzella, G., Pollicino, O., & Bassini, M. (2019). *Corti europee e democrazia. Rule of law, indipendenza e accountability* (pp. 60–ss.). Milano: Università Bocconi Editore.

¹¹⁴ De Pasquale, P. (2026). Il dialogo tra le Corti (s. f.), cit. El diálogo de la *Corte Costituzionale* con el Tribunal de Justicia, iniciado con la orden n. 103 de 2008, se ha consolidado progresivamente a través de una serie de cuestiones prejudiciales conforme al artículo 267 TFUE, que han afectado ámbitos sensibles en términos de derechos e intereses fundamentales: desde la orden n. 207 de 2013 sobre precariedad escolar, primer remisión en vía incidental; hasta la orden n. 24 de 2017 en el conocido caso *Taricco*, sobre prescripción penal y el artículo 325 TFUE; pasando por la orden n. 117 de 2019, que inauguró la llamada etapa de la “doble prejudicialidad” en relación con los derechos fundamentales y el Derecho de la Unión; hasta la orden n. 182 de 2020 sobre prestaciones sociales (subsidios de natalidad y maternidad) para ciudadanos de terceros Estados titulares de un “permiso único”; las órdenes nn. 216 y 217 de 2021 sobre la orden de detención europea y la entrega de personas con graves patologías; y, finalmente, las más recientes órdenes n. 29 de 2024 sobre el subsidio social para ciudadanos de terceros Estados titulares de “permiso único”, n. 161 de 2024 sobre la prórroga de concesiones para pequeñas derivaciones hidroeléctricas en Emilia-Romagna, y n. 21 de 2025 sobre el contributo de solidaridad para los operadores del sector energético.

evidenciando una voluntad de integrar el control constitucional dentro de una lógica de diálogo estructurado con el Tribunal de Justicia.

En esta línea se sitúa, por ejemplo, la sentencia n.º 15/2024, en la que la *Corte costituzionale* reafirma que la aplicación correcta y uniforme del Derecho de la Unión se garantiza principalmente a través de la cuestión prejudicial¹¹⁵, integrándolo en un contexto más amplio de cooperación leal entre los jueces ordinarios, la jurisdicción constitucional y el Tribunal de Justicia.

Dentro de este marco general se insertan también una serie de decisiones más recientes que han desarrollado la noción del llamado “tono constitucional” de las cuestiones relacionadas con el Derecho de la Unión. Este concepto se refiere a aquellas situaciones en las que el conflicto entre el Derecho nacional y el Derecho de la Unión afecta a derechos fundamentales y principios constitucionales¹¹⁶.

Las sentencias n.º 1/2025 y n.º 7/2025¹¹⁷ han precisado que el denominado “tono constitucional” surge cuando el conflicto afecta a derechos fundamentales, al principio de igualdad o a parámetros constitucionales esenciales, en particular los artículos 11 y 117 de la Constitución italiana, que regulan respectivamente la apertura del ordenamiento italiano al Derecho internacional y europeo y el respeto de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión. En la misma línea, la sentencia n.º 31/2025¹¹⁸ ha profundizado en esta doctrina, señalando que el recurso al control de constitucionalidad resulta especialmente adecuado cuando el juez nacional identifica en la declaración de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes* el instrumento más eficaz para eliminar de manera estructural una situación de discriminación o de incompatibilidad normativa.

Finalmente, la sentencia n.º 1/2026¹¹⁹ ha consolidado esta evolución jurisprudencial al afirmar que la declaración de inconstitucionalidad de una norma interna incompatible con el Derecho de la Unión añade un verdadero “*surplus di garanzia*”¹²⁰

¹¹⁵ Corte Costituzionale, 12 de febrero de 2024, párr. 8.3, sentencia n. 15/2024, hace referencia expresa al marco de cooperación delineado también en el Parere 1/09 del Tribunal de Justicia.

¹¹⁶ Corte Costituzionale, 19 de noviembre de 2024, sentencia n. 181/2024, confirmó la posibilidad de declarar fundada una cuestión de constitucionalidad aun cuando la norma europea invocada no tenga efecto directo en el ordenamiento nacional, validando un control centralizado que complementa, sin sustituir, los mecanismos dispersos de tutela derivados de la primacía del Derecho de la Unión. En doctrina, ex multis, Bin, R. (1998). “Tono costituzionale” del conflitto vs. “tono regionale” della Repubblica. *Le Regioni*, 447–ss.; Malfatti, E., Panizza, S., & Romboli, R. (2024). *Giustizia costituzionale* (p. 234–ss.). Torino.

¹¹⁷ Corte Costituzionale, 3 de enero de 2025, sentencia n. 1 y 4 de febrero de 2025, sentencia n. 7.

¹¹⁸ Corte Costituzionale, 20 de marzo de 2025, sentencia n. 31.

¹¹⁹ Corte Costituzionale, 8 de enero de 2026, sentencia n. 1.

¹²⁰ *Ibid.*, párr. 8.

al principio de primacía, al asegurar no solo la eficacia del Derecho europeo, sino también la certeza jurídica y la uniformidad en su aplicación.

En conjunto, esta evolución refleja un desplazamiento progresivo desde una lógica de confrontación potencial —propia de la teoría clásica de los “*controlimiti*”— hacia un modelo de cooperación institucional entre el Tribunal de Justicia, los jueces ordinarios y la *Corte costituzionale*. Los tribunales nacionales reciben así un papel central y un abanico de instrumentos complementarios, utilizados de acuerdo con las necesidades del caso concreto. La exigencia de un auténtico “tono constitucional” actúa, en este contexto, como un criterio de selección que limita el recurso al control concentrado a aquellos supuestos en los que están en juego derechos fundamentales o principios estructurales del ordenamiento, en particular el principio de igualdad¹²¹, evitando al mismo tiempo que la protección de estos valores quede sujeta a soluciones fragmentarias o divergentes derivadas de la mera inaplicación judicial.

La experiencia italiana ofrece numerosos ejemplos de las dificultades que pueden surgir cuando la resolución de los conflictos entre Derecho nacional y Derecho de la Unión se confía exclusivamente a mecanismos dispersos de inaplicación. Un caso particularmente emblemático es el conocido caso *Taricco*¹²², en el que, tras las sentencias del Tribunal de Justicia, algunos jueces nacionales decidieron inaplicar inmediatamente las normas internas sobre prescripción en materia penal, mientras que otros optaron por seguir aplicándolas a la espera de un pronunciamiento clarificador de la *Corte costituzionale*.

¹²¹ Los asuntos sometidos a la *Corte costituzionale* se refieren principalmente a la violación del principio constitucional de igualdad, a menudo en conexión con el Derecho de la Unión. Se trata, en su mayoría, de procedimientos antidiscriminatorios en los que no solo se busca reparar la discriminación concreta denunciada por la parte actora, sino también eliminar del ordenamiento la causa general de dicha desigualdad. Cuando esta causa se encuentra contenida en una norma legal, el juez no puede eliminarla con efectos erga omnes sin dirigirse a la *Corte costituzionale*, como confirman las sentencias n. 15/2024 y n. 1/2025. Existen otros casos en los que se denuncia la violación del principio de igualdad, agravada por la heterogeneidad de las decisiones judiciales: algunos jueces inaplican la norma, mientras otros continúan aplicándola, y, mientras tanto, la administración sigue utilizándola pese al conflicto con el Derecho de la Unión (sentencia n. 181/2024). Asimismo, se observa una hipótesis adicional en la que, frente a un conflicto entre una norma penal incriminadora y el principio de proporcionalidad de la pena, la aplicación desigual de la sanción por distintos jueces podría violar el principio de igualdad en el ámbito penal, que constituye uno de los pilares de la reserva de ley en materia penal.

¹²² Tribunal de Justicia, 8 de septiembre de 2015, *Taricco*, C-105/14; Corte Costituzionale, 26 de enero de 2017, n. 24; Tribunal de Justicia, 5 de diciembre de 2017, *M.A.S. y M.B.*, C-42/17; Corte Costituzionale, sentencia de 14 de diciembre de 2017, n.º 269. En doctrina, R. Alonso García, *La puesta en práctica por la Corte Constitucional de la protección multinivel de derechos en la UE. Parte I: Saga Taricco*, WP IDEIR n.º 37 (2020).

Una situación similar se observó en el ámbito de la transposición de la Directiva de retorno, donde parte de la jurisprudencia penal incorporó de manera inmediata la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia en los asuntos *El Dridi* y *Achughbabian*¹²³, siendo necesaria posteriormente la intervención de las *Sezioni Unite*. Situaciones comparables han ocurrido en otros ámbitos, desde la protección del consumidor hasta el sector farmacéutico¹²⁴, así como en el ámbito de las concesiones de playas¹²⁵. Otros casos incluyen la aplicación directa de la Carta de Derechos Fundamentales en materia de sanciones administrativas y *ne bis in idem*, antes de los pronunciamientos clarificadores de la *Corte costituzionale*¹²⁶.

Estos ejemplos ponen de relieve cómo la fragmentación en la aplicación del Derecho de la Unión puede generar incertidumbre jurídica y desigualdades entre los destinatarios de las normas, reforzando la importancia de mecanismos capaces de ofrecer soluciones uniformes y estructurales. En este contexto, cabe señalar que la reciente sentencia *Petlichev*¹²⁷ podría contribuir a reequilibrar este escenario, al reafirmar con claridad el papel central del artículo 267 TFUE como instrumento de coordinación y uniformidad.

¹²³ Tras las sentencias del Tribunal de Justicia el 28 de abril de 2011, C-61/11 PPU, *El Dridi*, y del 6 de diciembre de 2011, C-329/11, *Achughbabian*, algunos tribunales penales inaplicaron inmediatamente el artículo 14, apartado 5-ter, del d.lgs. 286/1998, mientras que otros continuaron aplicándolo. Esta disparidad hizo necesario la intervención de la *Cassazione a Sezioni Unite*, en los siguientes casos: 27 de octubre de 2011, n. 33451 (*El Dridi*), y 24 de septiembre de 2015, n. 40517 (*Hassen*).

¹²⁴ No todos los tribunales han aplicado la obligación de examinar de oficio las cláusulas abusivas (cfr. Tribunal de Justicia destacan: 27 de junio de 2000, C-240/98, *Océano*; 4 de junio de 2009, C-243/08, *Pannon*; 14 de junio de 2012, C-618/10, *Banco Español de Crédito*). La jurisprudencia italiana ha sido oscilante: algunos jueces han aplicado inmediatamente estas decisiones, mientras otros han condicionado su operatividad a la iniciativa de las partes. Análoga divergencia se observa en la aplicación del art. 34 TFUE, especialmente tras las sentencias del Tribunal de Justicia del 19 de marzo de 2009, C-531/06, *Commissione/Italia*, y del 22 de diciembre de 2010, C-171/07, *Apothekerkammer des Saarlandes*, algunos jueces administrativos inaplicaron las restricciones nacionales a la comercialización de medicamentos equivalentes, mientras otros las mantuvieron vigentes, otorgando prioridad a la normativa interna. Asimismo, en materia de empleo público escolar a término, antes de la sentencia *Mascolo*, la jurisprudencia se dividía entre quienes reconocían el abuso de los contratos temporales en base a la Directiva 1999/70/CE y quienes negaban efectos directos a la normativa europea. Entre los primeros, se encuentra la sentencia *Trento*, 27 de junio de 2013; entre los segundos, *Corte App. Firenze*, 6 de junio de 2012.

¹²⁵ Los tribunales administrativos italianos adoptaron soluciones divergentes respecto a la inaplicación de las prórrogas automáticas previstas por la legislación nacional en conflicto con la Directiva 2006/123/CE.

¹²⁶ *Corte costituzionale*, 23 de enero de 2019, sentencia n.º 20/2019 y 20 de febrero de 2019, sentencia n.º 63/2019.

¹²⁷ Tribunal de Justicia, 12 de febrero de 2026, *Petlichev*, C-56/25 que ha validado indirectamente la doctrina del Tribunal Constitucional (establecida a partir del Auto de su Pleno 168/2016), según la cual hay que activar la cuestión prejudicial antes que la de inconstitucionalidad cuando la ley en cuestión afecte al ámbito de aplicación del ordenamiento de la Unión. Comentario del profesor Ricardo Alonso García.

4. La disminución del procedimiento de cuestión prejudicial y sus implicaciones sistémicas

Desde una perspectiva teórica, la heterogeneidad en la aplicación del Derecho de la Unión podría mitigarse mediante un uso amplio del procedimiento de cuestión prejudicial. Sin embargo, la práctica revela una distancia significativa respecto a este modelo ideal.

La literatura reciente evidencia que solo una minoría de jueces nacionales recurre regularmente a la cuestión prejudicial. Esta situación se explica principalmente por factores culturales y organizativos dentro de la judicatura¹²⁸. Entre los obstáculos más frecuentes se encuentran la falta de especialización en Derecho de la Unión y la percepción de la cuestión prejudicial como un mecanismo complejo y oneroso desde el punto de vista temporal y administrativo. La escasa familiarización con los requisitos formales del procedimiento —como la adecuada motivación de la remisión o la suspensión del proceso a quo— conduce a muchos jueces a privilegiar soluciones internas, evitando involucrar al Tribunal de Justicia.

Como consecuencia, se configura un sistema de remisiones caracterizado por una marcada asimetría: un número relativamente reducido de tribunales particularmente activos alimenta el diálogo judicial con Luxemburgo, mientras que la mayoría de las jurisdicciones nacionales permanece al margen de este intercambio¹²⁹.

A esta situación se añade un elemento institucional adicional. El traslado parcial de determinadas competencias prejudiciales al Tribunal General ha contribuido, según algunos análisis¹³⁰, a generar un cierto efecto desincentivador. La posibilidad de que

¹²⁸ Glavina, M. (2020a). Judicial hierarchy in the preliminary ruling procedure: Exploring the relationship between the first and second instance courts. *EP*, (2), 799 ss.; Id., (2020b). To refer or not to refer, that is the (preliminary) question: Exploring factors which influence the participation of national judges in the preliminary ruling procedure. *CYELP*, 25 ss.; Ováděk, M., Wijnvliet, W., & Glavina, M. (2020). Which courts matter most? Measuring importance in the EU preliminary reference system. *EJLS*, (1), 121 ss.; Leijon, K. (2021). National courts and preliminary references: Supporting legal integration, protecting national autonomy or balancing conflicting demands? *Western European Politics*, (3), 510 ss.

¹²⁹ El informe 2025 del Tribunal de Justicia ([Statistiques judiciaires de la Cour de justice 2025](#)) confirma un marco de fuerte asimetría en la participación de los Estados miembros en el diálogo prejudicial. Por un lado, hay países que mantienen una contribución relativamente estable. Por el contrario, algunas cortes supremas de Europa del Este muestran en los últimos años un descenso significativo, debido tanto a tensiones constitucionales internas como a la tendencia creciente de resolver cuestiones de derecho de la UE mediante interpretaciones autónomas. En la doctrina, véanse F. Ferraro y C. Iannone (coord.), *Il rinvio pregiudiziale*, II ed., Torino, 2024.

¹³⁰ Si la atribución al Tribunal del poder de decidir sobre ciertos tipos de remisiones hubiera debido aligerar la carga del Tribunal de Justicia y hacer más eficiente en general el mecanismo del art. 267 TFUE, su primera aplicación muestra un panorama más complejo. La nueva arquitectura procedimental requiere, como es sabido, una fase preliminar de selección de las solicitudes, tras la cual puede seguir un eventual involucramiento posterior del Tribunal en caso de que surjan cuestiones sistémicas o principios

el procedimiento incluya una fase adicional o que el asunto sea posteriormente revisado puede aumentar la percepción de complejidad del sistema y prolongar los tiempos de resolución.

Paradójicamente, una reforma concebida con el objetivo de facilitar el funcionamiento de la cuestión prejudicial podría haber contribuido, al menos en determinados contextos, a reforzar la reticencia de algunos jueces nacionales a recurrir a este mecanismo. La utilización del artículo 267 TFUE se ha reducido debido a factores organizativos y culturales, así como a una percepción estratégica del procedimiento como herramienta destinada, en ciertos casos, a cuestionar normas nacionales o decisiones consolidadas de los tribunales supremos. De hecho, menos de la mitad de los casos corresponde a un uso “alternativo” u “obstativo” del artículo 267, dirigido a evaluar la compatibilidad de normas nacionales con el Derecho de la Unión¹³¹.

Este déficit cuantitativo tiene implicaciones sistémicas relevantes. El diálogo con el Tribunal de Justicia no se distribuye de manera uniforme entre los distintos tribunales nacionales, lo que significa que la efectividad del principio de primacía y la aplicación uniforme del Derecho de la Unión no pueden depender exclusivamente del funcionamiento espontáneo del procedimiento de cuestión prejudicial. En determinados ámbitos —especialmente cuando están en juego derechos fundamentales o cuestiones de especial relevancia constitucional— puede resultar necesario complementar este instrumento con otros mecanismos de tutela capaces de proporcionar soluciones estables, uniformes y con efectos generales.

Esta realidad adquiere una importancia aún mayor en contextos de crisis del Estado de Derecho, en los que la coherencia del sistema jurídico europeo depende en gran medida de la capacidad de los tribunales para garantizar la aplicación efectiva de los valores consagrados en los Tratados.

En este contexto, la utilización desigual de la cuestión prejudicial revela un límite estructural a la plena efectividad del principio de primacía y puede generar situaciones de incertidumbre sistémica. Al mismo tiempo, esta dinámica tiende a reforzar el papel de los tribunales constitucionales y supremos en la garantía de la uniformidad

fundamentales del ordenamiento europeo. En este sentido, véase: Tizzano, A. (2023). Il trasferimento di alcune questioni pregiudiziali al Tribunale UE. BlogDUE, 11 de enero de 2023.

¹³¹ Greco, G. (2025). *Le sentenze pregiudiziali “ostative” della Corte di giustizia*. Torino. Se incluye también la doctrina citada en la obra.

interpretativa y en la orientación del diálogo con el Tribunal de Justicia, contribuyendo así a la consolidación de un auténtico «espacio constitucional europeo»¹³².

5. Experiencia comparada y protección de la identidad constitucional

Aunque los tribunales supremos y constitucionales desempeñan un papel central en la garantía de la uniformidad interpretativa y de la primacía del Derecho de la Unión, la práctica comparada muestra que, incluso entre tribunales de última instancia, las remisiones al Tribunal de Justicia no siempre se producen de manera sistemática. Por ejemplo, si bien, por un lado, algunos tribunales de última instancia, como el *Conseil constitutionnel* francés y el propio Tribunal Constitucional, han recurrido a la cuestión prejudicial en algunas ocasiones significativas¹³³; por otro lado, algunos tribunales constitucionales y supremos han invocado el principio de identidad constitucional nacional como fundamento para modular y desestimar el diálogo prejudicial.

En algunos Estados miembros, de hecho, la instrumentalización de los mecanismos democráticos ha favorecido un fenómeno, frecuentemente descrito como “constitucionalismo iliberal”¹³⁴, consistente en cuestionar los principios estructurales del ordenamiento jurídico europeo, generando un potencial «efecto dominó» capaz de comprometer la estabilidad del espacio jurídico común.

Un ejemplo particularmente significativo lo constituye la decisión del Tribunal Constitucional polaco del 7 de octubre de 2021¹³⁵, mediante la cual se negó la primacía del derecho de la Unión y, consecuentemente, la obligatoriedad de los valores consagrados en los Tratados¹³⁶.

¹³² Pitruzzella, G. (s. f.). La costruzione dello spazio costituzionale europeo nel “dialogo” tra Corte di giustizia e Corti costituzionali.

¹³³ *Ex multis*, Conseil constitutionnel, Décision n° 2013-314 QPC du 14 juin 2013, *M. Jeremy F.*; Tribunal Constitucional ord. 9 de junio de 2011, recurso de amparo 6922/2008, *Melloni*. Más recientemente, en relación con la activación del artículo 267 TFUE, cabe señalar la STC 137/2025 del Tribunal Constitucional, relativa a la Ley de Amnistía.

¹³⁴ Bustos Gisbert, R. Desafíos del Estado de Derecho: las nuevas inmunidades del poder político, Fundación Manuel Giménez Abad, 2023; Faggiani, V., «La “rule of law backsliding” como categoría interpretativa del declive del constitucionalismo en la UE», en *Revista Española de Derecho Constitucional Europeo*, 71, 2019; Drinóczi y Bien-Kacala, «Illiberal Constitutionalism: the case of Hungary and Poland», *German Law Journal*, 20, 2019; L. Pech, K. L. Scheppele, *Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2017, p. 19; P. Blokker, *Populist Constitutionalism and Meaningful Popular Engagement*, *The Foundation for Law, Justice and Society*, 2018.

¹³⁵ Trybunał Konstytucyjny, 7 de octubre de 2021, Evaluación de la conformidad con la Constitución polaca de determinadas disposiciones del Tratado de la Unión Europea, n. K 3/21. Disponible en <https://verfassungsblog.de/statement-of-retired-judges-of-the-polish-constitutional-tribunal>.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 1 (párrs. a, b, c), p. 3. El Tribunal Constitucional polaco declaró la incompatibilidad de algunas disposiciones del Tratado de la Unión Europea — en particular los artículos 1, apartados 1 y 2, y 4, apartado

Aunque esta sentencia fue presentada formalmente como un ejercicio de “control de conformidad”¹³⁷ similar a los debates clásicos entre tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia, su significado jurídico resulta sustancialmente diferente.

En efecto, las doctrinas desarrolladas históricamente por tribunales como el *Bundesverfassungsgericht* y la *Corte Costituzionale* italiana¹³⁸ o del *Conseil constitutionnel* francés¹³⁹, si bien establecen límites teóricos a la primacía del derecho de la Unión¹⁴⁰, nunca han cuestionado la validez sistémica del ordenamiento jurídico europeo¹⁴¹. Estas doctrinas parten de la premisa de que la Unión ejerce únicamente las competencias que los propios Estados le han delegado conforme a sus constituciones nacionales¹⁴². Desde esta perspectiva, los Estados miembros mantienen prerrogativas constitucionales, dado que actúan como “ejecutores” del Derecho comunitario e internacional y aceptan, con la ratificación de los Tratados, estar vinculados por las normas y valores comunes. Al mismo tiempo, la UE debe respetar las identidades nacionales y las funciones esenciales de los Estados miembros, en un equilibrio dinámico que caracteriza al ordenamiento europeo¹⁴³.

3, así como el principio del Estado de Derecho del artículo 2 y el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el artículo 19 — con los artículos 2, 8 y 90, apartado 1, de la Constitución polaca.

¹³⁷ Según la traducción utilizada por el propio Tribunal en la sentencia K 3/21: «It is not true that the judgment of the Constitutional Tribunal of 7 October 2021 was issued in order to guarantee primacy of the Constitution over EU law, as such a position of the Constitution has been sufficiently established in the Tribunal's judgments to date». Cfr. Declaración de los jueces jubilados del Tribunal Constitucional de 10 de octubre de 2021, en *Rule of Law.pl*. <https://ruleoflaw.pl/statement-of-retired-judges-of-the-constitutional-tribunal-of-10-october-2021/>

¹³⁸ La ya mencionada teoría de los “controlimiti” y la denominada saga «Solange». En doctrina, para una reconstrucción, véase J. C. Cano Montejano, *La jurisprudencia constitucional y la identidad nacional: dilema o aporía*, cit., pp. 399 y ss.

¹³⁹ Según el cual la aplicación del derecho de la Unión no puede producirse en violación de los principios inherentes a la identidad constitucional de Francia, salvo voluntad expresa del constituyente. Conseil Constitutionnel, 10 de junio de 2004, *Loi sur l'économie numérique*, n° 2004-496 DC, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004496DC.htm>

¹⁴⁰ F. Martucci, La Pologne et le respect de l'État de droit: quelques réflexions suscitées par la décision K 3/21 du Tribunal constitutionnel polonais, in *Le club des juristes*, 15 de octubre de 2021; M. Cartabia, “Unità nella diversità”: il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali, en *Astrid*, 18 de febrero de 2005

¹⁴¹ A partir de 1963-1964, con la consolidación de las doctrinas de la primacía y del efecto directo, el Tribunal de Justicia desarrolló en las décadas siguientes lo que la mayoría de los juristas de la UE caracterizan hoy como un orden jurídico profederal de naturaleza constitucional, ampliando el alcance del Derecho europeo a nuevas áreas como los derechos fundamentales y las competencias externas de la entonces Comunidad Europea, y consolidando las cuatro libertades consagradas en los Tratados de Roma. Véase: M. Rasmussen, *A more complex Union. How will the EU react to the Polish Challenge? A historical Perspective*, en *VerfBlog*, 4 de noviembre de 2021.

¹⁴² Se hace referencia al artículo 5 del TUE, que regula el principio de atribución de competencias a la Unión Europea.

¹⁴³ Sobre el papel de los Estados miembros como “ejecutores” del Derecho comunitario e internacional, véanse R. Alonso García, *La Constitución Española en el contexto de la Unión Europea, Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 59 (2019), pp. 495 y ss.; A. von Bogdandy y S. Schill, “Overcoming Absolute Supremacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty”, *Common*

Existe, por tanto, una relación de interdependencia estructural entre las constituciones nacionales y los tratados de la Unión. Cuando esta relación de confianza se debilita, el funcionamiento del sistema jurídico europeo puede verse seriamente comprometido.

Por esta razón, el diálogo entre tribunales adquiere un papel fundamental en la prevención y resolución de las tensiones que pueden surgir entre los distintos niveles del ordenamiento jurídico.

El Tribunal de Justicia ha reiterado en numerosas ocasiones que la protección de las identidades constitucionales nacionales no puede servir como pretexto para eludir las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión. No obstante, reconoce que los Estados miembros disponen de cierto margen de apreciación¹⁴⁴ en la aplicación concreta de los valores comunes. Algunos tribunales constitucionales han demostrado, en este sentido, que es posible preservar la identidad constitucional nacional sin comprometer la primacía del Derecho de la Unión. Un ejemplo especialmente relevante lo ofrece el *Bundesverfassungsgericht*, cuya jurisprudencia ha evolucionado desde las decisiones *Solange I* (1974)¹⁴⁵ y *Solange II* (1986)¹⁴⁶ hacia el control *ultra vires* desarrollado en Maastricht (1993)¹⁴⁷ y Lisboa (2009)¹⁴⁸, hasta la conocida sentencia *Weiss* (2020)¹⁴⁹. Más recientemente, la sentencia del 29 de septiembre de

Market Law Review, n. 48 (2011); Parlamento europeo, Democrazia europea, identità costituzionale e sovranità. La sentenza sul trattato di Lisbona della corte costituzionale tedesca: alcune ripercussioni sulla dottrina costituzionale europea, 2010, p. 25.

¹⁴⁴ R. Alonso García, «La Constitución Española en el contexto de la Unión Europea», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. 59, 2019, p. 528. El autor señala la necesidad de que el Tribunal de Justicia, aun siendo el intérprete supremo del Derecho de la Unión, adopte «lecturas empáticas o tolerantes hacia las bases constitucionales de los Estados miembros». En efecto, como subraya J. C. Cano Montejano en *La jurisprudencia constitucional y la identidad nacional: dilema o aporía*, cit.: «la apelación a la identidad nacional es ambivalente, se puede apelar a la misma desde las dos perspectivas: la comunitaria -a través del Derecho de la Unión-, y la nacional, a través de las jurisdicciones constitucionales. Todas estas perspectivas deberían buscar la consecución de la convivencia de jurisdicciones, la coexistencia entre ordenamientos jurídicos, la cohabitación de postulados convergentes [...]» (p. 407).

¹⁴⁵ En ella se afirma que Alemania aplicará el Derecho comunitario “mientras” la UE garantice una protección equivalente de los derechos fundamentales (ord. 29 de mayo de 1974, 2 BvL 52/71).

¹⁴⁶ En ella se considera satisfechas las condiciones de tutela y suspende el ejercicio del control sobre los derechos fundamentales respecto de los actos comunitarios (ord. 22 de octubre de 1986, 2 BvR 197/83).

¹⁴⁷ Dicha resolución sanciona el nacimiento de la doctrina del control sobre las competencias conferidas y establece la base de la teoría de los actos *ultra vires* (12 de octubre de 1993, 2 BvR 2134/92 y 2 BvR 2159/92).

¹⁴⁸ El BVerfG introduce de manera más completa el concepto de identidad constitucional como límite a los actos de la Unión (30 de junio de 2009, 2 BvE 2/08).

¹⁴⁹ El *Bundesverfassungsgericht* declaró inaplicable una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y una decisión del Banco Central Europeo, al considerarlas manifiestamente *ultra vires*, por no haber verificado de manera suficiente si el BCE había respetado el principio de proporcionalidad (5 de mayo de 2020, 2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15 y 2 BvR 1651/15, *PSPP*).

2025¹⁵⁰ ofrece un ejemplo relevante de cómo el Tribunal alemán interpreta su control sobre el Derecho de la UE y las interpretaciones del Tribunal de Justicia. En el caso *Egenberger*¹⁵¹, el BVerfG logró resolver un posible conflicto, armonizando el parámetro constitucional de autodeterminación religiosa con las exigencias de no discriminación del Derecho de la Unión.

Cabe subrayar que toda iniciativa de los tribunales constitucionales para servir de puente entre ambos sistemas debe valorarse positivamente, pues demuestra su capacidad de simplificar las complejidades naturales de la relación entre Derecho de la Unión y derecho nacional. Esta actitud contrasta con posiciones más radicales que, al cuestionar la primacía del Derecho de la Unión, ponen en riesgo los fundamentos mismos del sistema jurídico europeo¹⁵². Esta dinámica ha demostrado que las tensiones entre ordenamientos no constituyen únicamente un problema jurídico, sino también un desafío político e institucional para el proceso de integración europea.

Además, estas dinámicas pueden contribuir a erosionar la confianza de los ciudadanos en las instituciones nacionales y europeas.

En sistemas jurídicos complejos como el de la Unión Europea, la confianza y el Derecho constituyen elementos complementarios: la eficacia del ordenamiento jurídico depende en gran medida de la convicción compartida de que las normas serán aplicadas de manera uniforme y respetadas por todos los actores institucionales.

En este sentido, el debate en España sobre la reforma del sistema de elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ)¹⁵³ constituye un ejemplo paradigmático de cómo la politización de los órganos de gobierno del poder judicial puede mermar la confianza en el Estado de Derecho y traducirse en una crisis de confianza transversal, entre instituciones, Estados miembros y ciudadanía europea,

¹⁵⁰ Bundesverfassungsgericht, orden 29 de septiembre de 2025, 2 BvR 934/19.

¹⁵¹ Tribunal de Justicia, 17 de abril de 2018, *Egenberger*, C-414/16.

¹⁵² J. Lindeboom, Legal embarrassment after PSPP and K 3/21: The bogus distinction between primacy and supremacy and the need for an ethics of EU law supremacy. *EU Law Live*, 2 de noviembre de 2021.

¹⁵³ Durante más de seis años, la falta de consenso parlamentario para la renovación del CGPJ provocó un prolongado bloqueo institucional, que llevó a la Comisión Europea y al Consejo de Europa a manifestar su preocupación por la erosión de la independencia judicial y por los riesgos que dicha situación suponía para el principio de separación de poderes. Por su parte, la Comisión de Venecia [Comisión de Venecia del Consejo de Europa, España - Dictamen sobre el modo de elección de los miembros judiciales del Consejo General del Poder Judicial, CDL-AD(2025)038-e, Estrasburgo, 13 de octubre de 2025] subrayó que el método de designación de los vocales judiciales debía alinearse con los estándares europeos, garantizando que al menos la mitad de los miembros fueran jueces elegidos por sus pares, a fin de evitar la instrumentalización política del proceso. Por tanto, la persistencia de un sistema basado en cuotas parlamentarias no sólo genera la percepción de dependencia partidista, sino que también compromete la legitimidad de las decisiones judiciales y la confianza ciudadana en la imparcialidad del poder judicial.

cuestionando así los fundamentos mismos del proyecto común que la Unión Europea aspira a consolidar.

7. Conclusiones

El análisis desarrollado a lo largo de este trabajo permite destacar el papel central del procedimiento de cuestión prejudicial en la arquitectura jurisdiccional de la Unión Europea y, en particular, en la tutela del Estado de Derecho. Lejos de ser un mero instrumento técnico de cooperación judicial, el mecanismo previsto en el artículo 267 TFUE se ha consolidado como uno de los pilares del sistema de garantías de la Unión. A través de este instrumento, los tribunales nacionales participan activamente en la construcción y aplicación del Derecho de la Unión, contribuyendo a asegurar tanto su interpretación uniforme como su plena efectividad en todos los Estados miembros. Desde esta perspectiva, la cuestión prejudicial se configura como una expresión concreta del principio de cooperación leal entre las jurisdicciones nacionales y el Tribunal de Justicia, dando lugar a un auténtico diálogo judicial en el que cada nivel jurisdiccional cumple una función complementaria dentro del sistema.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia, especialmente a partir de la sentencia *ASJP*, ha puesto de manifiesto cómo este diálogo judicial puede convertirse también en un instrumento fundamental para la protección del Estado de Derecho. Al interpretar el artículo 19 TUE como una concreción del valor del Estado de Derecho consagrado en el artículo 2 TUE, el Tribunal ha reforzado la dimensión estructural de la independencia judicial dentro del ordenamiento europeo. De este modo, el control jurisdiccional europeo no se limita a garantizar la correcta aplicación de normas sectoriales del Derecho de la Unión, sino que se proyecta también sobre la preservación de los valores fundamentales que sustentan el proceso de integración europea.

Sin embargo, el análisis realizado muestra igualmente que el funcionamiento práctico del sistema presenta ciertas limitaciones estructurales. El recurso a la cuestión prejudicial no es uniforme entre los distintos tribunales nacionales y, en muchos casos, factores culturales, organizativos y estratégicos influyen en la decisión de los jueces nacionales de recurrir —o no— al Tribunal de Justicia, generando un sistema de diálogo judicial caracterizado por importantes asimetrías.

Esta realidad plantea interrogantes relevantes sobre la capacidad del mecanismo prejudicial para garantizar, por sí solo, la aplicación uniforme del Derecho de la Unión y la protección efectiva de los valores fundamentales en todos los Estados miembros. En este contexto, adquiere particular importancia la interacción entre los distintos instrumentos de tutela disponibles dentro del sistema jurídico europeo. La inaplicación de la norma interna incompatible, el recurso a la cuestión prejudicial, la interpretación conforme y el control de constitucionalidad constituyen mecanismos que, lejos de excluirse mutuamente, pueden operar de manera complementaria dentro de un marco de cooperación entre jurisdicciones.

La experiencia italiana analizada en este trabajo ilustra de manera particularmente significativa esta lógica de complementariedad. La evolución reciente de la jurisprudencia de la *Corte costituzionale* muestra cómo el control de constitucionalidad puede integrarse dentro del sistema europeo de garantías como un instrumento capaz de ofrecer soluciones uniformes y estructurales a conflictos que presentan un marcado “tono constitucional”, especialmente cuando están en juego derechos fundamentales o principios estructurales del ordenamiento nacional. Desde esta perspectiva, el control concentrado con efectos *erga omnes* no se configura como una alternativa al principio de primacía del Derecho de la Unión, sino como un mecanismo capaz de reforzar su efectividad al eliminar de manera definitiva las normas internas incompatibles y garantizar así la igualdad en la aplicación del Derecho.

El análisis comparado demuestra, además, que la relación entre el Derecho de la Unión y las constituciones nacionales no puede interpretarse exclusivamente en términos de conflicto o jerarquía. El ordenamiento europeo se caracteriza más bien por una estructura compleja de interdependencia entre sistemas jurídicos, en la que la cooperación entre tribunales desempeña un papel esencial. Cuando este diálogo funciona adecuadamente, permite conciliar la protección de las identidades constitucionales nacionales con la primacía y la efectividad del Derecho de la Unión. Sin embargo, cuando dicha cooperación se debilita —como ha puesto de manifiesto la reciente crisis del Estado de Derecho en algunos Estados miembros— el riesgo de fragmentación del ordenamiento jurídico europeo se vuelve considerable.

En este sentido, los desafíos actuales al Estado de Derecho en Europa ponen de relieve la necesidad de reforzar los mecanismos institucionales y jurisdiccionales destinados a garantizar el respeto efectivo de los valores consagrados en los Tratados.

El procedimiento de cuestión prejudicial seguirá desempeñando, sin duda, un papel central en esta arquitectura de garantías. No obstante, conviene subrayar que las sentencias prejudiciales, por sí solas, no siempre aseguran una aplicación estable del Derecho de la Unión, especialmente en aquellos contextos en los que la independencia judicial se encuentra comprometida. En tales casos, las consecuencias no se limitan al plano institucional, sino que pueden afectar directamente a los ciudadanos, ya que el cuestionamiento de los valores consagrados en el artículo 2 TUE corre el riesgo de debilitar las garantías jurisdiccionales destinadas a proteger sus derechos. Resulta por ello necesario reforzar una auténtica conciencia política europea capaz de sostener el proyecto de integración sobre la base de valores compartidos¹⁵⁴. En este sentido, el fortalecimiento de la participación ciudadana puede desempeñar un papel fundamental en la defensa del Estado de derecho en Europa.

En definitiva, la protección del Estado de derecho en la Unión Europea no depende de un único instrumento ni de una sola institución. Se basa más bien en una red compleja de garantías multinivel en la que la cooperación entre tribunales nacionales, tribunales constitucionales y el Tribunal de Justicia, junto con una sólida conciencia cívica europea, constituye el elemento esencial para preservar la coherencia, la efectividad y la legitimidad del ordenamiento jurídico de la Unión.

¹⁵⁴ De Falco, E. (s.f.), ¿Puede una conciencia política europea garantizar el Estado de Derecho?, citado.

3. **LIBERTAD RELIGIOSA Y FUNCIÓN PÚBLICA EN TIEMPOS DE CRISIS
DEL ESTADO DE DERECHO**

Ana María Esquina Panizo

Profesora del CES Cardenal Cisneros y del Instituto de Estudios Bursátiles

Doctoranda en la Universidad Complutense de Madrid

ÍNDICE: Claves preliminares sobre el Estado de Derecho. II. La libertad religiosa frente al poder público. III. La laicidad: identidad institucional del Estado y garantía de libertad religiosa. IV. La función pública como espacio de fricción entre derechos individuales y neutralidad institucional. V. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

RESUMEN: La libertad religiosa constituye un indicador especialmente sensible de la salud del Estado de derecho, en tanto su protección efectiva depende de instituciones sólidas, mecanismos de control independientes y una función pública capaz de equilibrar neutralidad y derechos fundamentales. En este contexto, la laicidad -entendida como neutralidad institucional y garantía del pluralismo- adquiere un papel central. La función pública se convierte así en un laboratorio privilegiado donde se manifiestan las tensiones entre la neutralidad institucional exigida al Estado y el ejercicio de derechos individuales de sus empleados. Cuando las estructuras del Estado de derecho se debilitan -por crisis institucional, politización administrativa o erosión de garantías- aumentan los riesgos de decisiones desproporcionadas, arbitrarias o motivadas por criterios ajenos al marco constitucional.

CLAVES PRELIMINARES SOBRE EL ESTADO DE DERECHO

En un contexto de crisis del Estado de derecho, la reflexión sobre la libertad religiosa como derecho fundamental y su ejercicio en el ámbito de la función pública adquiere una relevancia particular, pues revela hasta qué punto las garantías constitucionales siguen operando como límites efectivos al poder. Como defiende MARTÍNEZ MARTÍNEZ (2025, p. 54) el Estado de derecho podría estar experimentando tensiones profundas. Aunque su presencia se ha universalizado como requisito indispensable de la vida democrática, los extremismos, populismos y liderazgos sin frenos hacen que el derecho corra el riesgo de reducirse a un formalismo vacío y desconectado de los principios éticos que deberían de sostenerlo. En este escenario, la defensa del Estado

de derecho exige, hoy más que nunca, una vigilancia activa y un compromiso firme con los valores que le dan sentido.

Para situar adecuadamente este análisis resulta necesario partir del marco más amplio del Estado de derecho; una construcción histórica, filosófica y jurídica cuya vigencia se ve hoy sometida a tensiones significativas. Comprender la naturaleza y el alcance de estos desafíos exige volver brevemente a los fundamentos conceptuales que dieron origen a la idea moderna del Estado de derecho.

Entre las diferentes teorías, se destaca la aportación del filósofo KANT, uno de los precursores de este concepto. KANT (2008, p. 142) desarrolla la idea de Estado jurídico (*Rechtsstaat*), como una unión de personas bajo leyes jurídicas que no dependen de acuerdos empíricos ni de la voluntad contingente de los gobernantes, sino que derivan a priori de los principios puros de derecho. Con ello anticipa el principio moderno del Estado de derecho, según el cual el poder político solo es legítimo cuando se ajusta a leyes universales.

Para comprender plenamente esta concepción kantiana del Estado jurídico, es conveniente atender también a su estructura interna. KANT (2008, pp. 142 y 143) articula el Estado en tres poderes: el poder soberano del legislador, el poder ejecutivo del gobernante y el poder judicial. Estos poderes funcionan como partes de un razonamiento práctico: la formulación de la ley general, su aplicación concreta y la sentencia. Esta tripartición del poder del Estado no es arbitraria, sino expresión de la propia racionalidad práctica. Cada poder cumple su función necesaria e irreductible, y solo su articulación conjunta y equilibrada permite que la voluntad universal se exprese de manera racional, justa y eficaz. El Estado aparece, así, como una organización jurídica que refleja la racionalidad de la ley y garantiza la libertad de todos mediante una división funcional del poder que impide la arbitrariedad.

La doctrina alemana posterior, con autores como MOHL (1866, pp. 541 y 542) profundizó en esta idea del *Rechtsstaat*¹⁵⁵ como un orden institucional coherente,

¹⁵⁵ Este autor del liberalismo alemán del siglo XIX insiste en que no se pueden trasladar al Estado de derecho los privilegios del antiguo *Patrimonialstaat* (Estado patrimonial) donde gobernar era un derecho privado del monarca o de su familia puesto que el Estado no es propiedad de nadie. El autor rechaza la idea de que alguien tenga un “derecho natural” a ejercer el poder (por ejemplo, por linaje, por sexo o por tradición), ya que no es un derecho heredado, sino una función pública. Defiende que el *Rechtsstaat* es una estructura jurídica básica y no una forma de gobierno concreta. En definitiva, el Estado de derecho es un Estado que rompe con el poder patrimonial y con los derechos naturales de mando, y que organiza el gobierno como una función racional orientada al bien común, ejercida por personas capacitadas y limitada por normas jurídicas.

racional y limitado por normas, donde la legitimidad del poder deriva de su función y no de la tradición o la voluntad personal. Paralelamente, en el ámbito anglosajón, la tradición del *rule of law*, -especialmente en la formulación de DICEY¹⁵⁶ (1915, p. 189)- concibe el Estado de derecho como el principio según el cual la ley limita el poder y garantiza derechos mediante normas claras, estables y aplicadas de forma igualitaria. Desde esta perspectiva, la autoridad sólo es legítima cuando actúa conforme a reglas generales y cuando todos los individuos, sin distinción de rango o condición, están sometidos a la misma ley y a la jurisdicción de los tribunales. Esta visión se opone al *rule by law*, donde la ley se convierte en un instrumento de poder en lugar de un freno a su arbitrariedad.

A partir de esta distinción, resulta claro que la vigencia de *rule of law* no se agota en la mera separación de poderes¹⁵⁷, sino en la existencia de límites reales y operativos al ejercicio del poder. Así, más que aferrarse a una división estricta de funciones, la protección del Estado de derecho exige además un sistema efectivo de contención y contrapesos, sustentado en controles sólidos y en un precedente judicial coherente (DEIK, 2018, p. 224). Esta concepción, centrada en la limitación efectiva del poder, encuentra desarrollos distintos en otras tradiciones jurídicas europeas.

Desde una perspectiva afin de búsqueda de límites efectivos al poder, la tradición francesa del *État de droit* introduce matices relevantes al subrayar la primacía constitucional, el control jurisdiccional, la sujeción de la Administración al derecho, la reserva de ley, la aplicabilidad inmediata de los derechos fundamentales, la seguridad jurídica y un conjunto robusto de garantías procesales (ESCALATE, 2023, pp. 2 y 3). Este enfoque demuestra que la limitación del poder no depende de un único mecanismo institucional, sino de la articulación de múltiples principios que operan simultáneamente para impedir la arbitrariedad. Mientras que la tradición inglesa

¹⁵⁶ A este respecto, DICEY (1915, p. 189) pone de relieve que el Estado no solo implica que nadie esté por encima de la ley, sino que todos -sin importar su posición- están sometidos a las mismas leyes y a los mismos tribunales. Esta igualdad jurídica sustantiva constituye un antídoto frente a la arbitrariedad y conecta directamente con la necesidad contemporánea de preservar límites efectivos al poder, ya sea mediante controles institucionales o a través de un poder judicial capaz de actuar como contrapeso real. Concretamente el autor dice que: «*We mean in the second place, when we speak of the “rule of law” as a characteristic of our country, not only that with us no man is above the law, but (what is a different thing) that here every man, whatever be his rank or condition, is subject to the ordinary law of the realm and amenable to the jurisdiction of the ordinary tribunals*».

¹⁵⁷ Para FLEINER (1933, p. 16), la utilidad real de la separación de poderes se aprecia en la exigencia de que cada poder respete los actos de los otros; puesto que ningún poder puede extender su autoridad hasta invadir competencias que no le corresponden. Pese a su aparente simplicidad, este criterio genera dificultades cuando se lleva a la práctica.

subraya la igualdad jurisdiccional como núcleo del *rule of law*, el pensamiento jurídico francés concibe el *État de droit* como un entramado más amplio de garantías.

Para precisar aún más el alcance contemporáneo del Estado de derecho, resulta especialmente esclarecedora la doctrina formulada por LUCAS VERDÚ (1986, p. 235). Según este autor, existe un auténtico Estado de derecho cuando la estructura y el ejercicio del poder político se encuentran jurídicamente ordenados de tal manera que individuos y grupos quedan protegidos por normas e instituciones preexistentes, admitiéndose únicamente aquellas excepciones que exige el bien común. Esta concepción subraya que el poder no puede actuar al margen de límites previamente establecidos, sino sometido a reglas que aseguren la primacía de los derechos y la seguridad jurídica. Desde esta perspectiva, la libertad religiosa -reconocida simultáneamente como derecho humano y como derecho fundamental- solo puede desplegarse plenamente en un sistema político que respete ese entramado de garantías propio del Estado de derecho¹⁵⁸. La relación entre los derechos fundamentales y el Estado de derecho puede imaginarse, -como señalan GARCÍA ROCA y PÉREZ-MONEO (2023, p. 22)- como dos «riberas del río [...] unidas por un puente». Según explican los autores, sin derechos fundamentales no es posible un auténtico Estado material de derecho y, a la vez, cualquier intento de preservar esos derechos sería ficticio si no se sostiene sobre una estructura estatal que garantice la división de poderes, el principio de legalidad y el resto de los elementos propios de un verdadero Estado de derecho. En un contexto de crisis del Estado de derecho, donde se cuestionan la independencia judicial, la neutralidad de la función pública y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, estas tradiciones ofrecen claves esenciales para analizar cómo debe protegerse la libertad religiosa, especialmente en el ámbito de la función pública. Comprender estos fundamentos permite evaluar hasta qué punto las tensiones actuales responden a desviaciones respecto al modelo normativo del Estado de derecho y qué

¹⁵⁸ En uno de los informes del Secretario General de las Naciones Unidas (2004, p. 5) se delimita el concepto de Estado de derecho como «un principio de gobierno según el cual todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a unas leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. Asimismo, exige que se adopten medidas para garantizar el respeto de los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, rendición de cuentas ante la ley, equidad en la aplicación de la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad, y transparencia procesal y legal».

Por su parte, TUDELA ARANDA (2025, p. 63) lo define como «la carcasa que sostiene un sistema democrático y que permite que su desenvolvimiento sea armónico sin que se caiga en desequilibrios inherentes a la radicalidad democrática».

exigencias se derivan de él para garantizar un ejercicio equilibrado y legítimo de la libertad religiosa en sociedades democráticas. Como subraya KELSEN (1934, p. 141), una democracia auténtica solo se sostiene cuando se limita el poder -también al de la mayoría-, recordándonos que la salvaguarda de la libertad religiosa depende de frenar cualquier pretensión de autoridad que pueda imponerse sin controles.

I. LA LIBERTAD RELIGIOSA FRENTE AL PODER PÚBLICO

Uno de los derechos humanos más elementales -si no el más esencial- que permite a cada persona formular sus propias respuestas a las grandes preguntas de la vida, de actuar conforme a ellas y de expresar aquello que considera como verdadero, es el de la libertad religiosa, frecuentemente descrita como «la primera de las libertades» (PALOMINO LOZANO, 2022, P. 30). La centralidad de este derecho, dentro del conjunto de los derechos personales, obliga a situarlo en el marco más amplio del debate doctrinal sobre la relación entre los derechos humanos y los derechos fundamentales. Pese a la diversidad de posiciones teóricas sobre dicha relación, existe un punto de consenso ampliamente compartido: la libertad religiosa ocupa simultáneamente el lugar de derecho humano y el de derecho fundamental; y, en esta doble condición, exige una protección eficaz por parte de cualquier Estado. Precisamente por esa centralidad normativa, la forma en que un ordenamiento jurídico garantiza su ejercicio se convierte en un criterio decisivo para evaluar la solidez de las instituciones.

El armazón del Estado de derecho se mide, en gran medida, por su capacidad para garantizar de manera real y efectiva los derechos fundamentales, especialmente aquellos que requieren de un equilibrio delicado entre la autonomía individual y las necesidades institucionales. En este conjunto, la libertad religiosa ocupa un lugar singular por su carácter interno y externo, por su estrecha vinculación con la identidad personal y por su proyección en el espacio público. Todo ello la convierte en un auténtico indicador sensible del estado de salud constitucional, más aún cuando su ejercicio se proyecta en ámbitos especialmente regulados como la función pública.

La relación entre la garantía de los derechos fundamentales y los límites a poder público ha sido subrayada por diversos autores. Como recuerda MILL (2023), la esencia de una sociedad democrática reside en fijar límites al poder de los gobernantes, límites que se concretan precisamente en el reconocimiento de libertades -como la religiosa- que el Estado no puede ni ignorar ni vulnerar, así como en la

existencia de mecanismos de control constitucional que someten sus decisiones más relevantes al control judicial. Desde esta perspectiva, la protección de la libertad religiosa no solo expresa un compromiso con la autonomía individual, sino que revela hasta qué punto las instituciones respetan esas barreras estructurales frente al poder. Cuando las instituciones funcionan adecuadamente, la libertad religiosa encuentra cauces claros de protección; por el contrario, cuando se debilitan, este derecho suele ser uno de los primeros en resentirse.

En este contexto, la función pública se presenta como un espacio privilegiado para observar las tensiones que emergen entre la neutralidad del Estado -expresada a través del principio de laicidad- y el ejercicio de los derechos individuales de quienes trabajan al servicio de la Administración. Los empleados públicos encaran, simultáneamente, dos dimensiones que pueden entrar en conflicto: por un lado, son titulares de derechos fundamentales; por otro, representan al poder público y están sujetos a deberes forzados de imparcialidad, objetividad y neutralidad. Esta doble condición convierte a la función pública en un auténtico banco de pruebas jurídico y sociopolítico, donde se manifiestan de forma especialmente visible los desafíos contemporáneos del pluralismo religioso.

La situación se vuelve aún más compleja, como decíamos, en contextos de crisis de Estado de derecho, caracterizados por la erosión de los contrapesos institucionales, la politización de la Administración o la falta de criterios uniformes en la aplicación de los derechos fundamentales. En estos escenarios, aumenta el riesgo de que las decisiones relativas a la libertad religiosa -como la autorización de vestimentas o símbolos¹⁵⁹ religiosos, la concesión de medidas de adaptación para el ejercicio del derecho o la valoración de las objeciones de conciencia- se adopten con criterios ideológicos, desproporcionados o arbitrarios, en lugar de basarse en parámetros estrictamente jurídicos. La libertad religiosa, por tanto, no solo se ve afectada en su contenido, sino que se convierte en un termómetro de deterioro institucional.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia 24/1982, de 13 de mayo (FJ 1)¹⁶⁰, identifica dos principios básicos de nuestro sistema político que determinan la

¹⁵⁹ En este debate, no debe olvidarse que los símbolos poseen una dimensión que trasciende de su materialidad: «los símbolos lo son no solo por lo que son en esencia, sino por lo que representa; por los sentimientos que hacen reverberar en el imaginativo colectivo. La adhesión que generan, las pasiones u odios que despiertan, les hacen trascender y les sitúan en una posición diferente de la que pudiera esperarse de su realidad» (JOVE VILLARES, 2020, p. 65).

¹⁶⁰ Esta fue la primera gran interpretación formulada por el Tribunal Constitucional del artículo 16 CE. En ella se definió el alcance del precepto, definiendo el contenido esencial de la libertad religiosa e ideológica,

posición del Estado frente al fenómeno religioso presente en la sociedad: el de la libertad religiosa y el de igualdad.

El Tribunal afirma que la libertad religiosa es un derecho subjetivo de carácter fundamental que se concreta en el reconocimiento de un espacio íntimo de creencias -una esfera de *agere licere*¹⁶¹- en el que cada cual puede actuar y decidir sin interferencias (STC 24/1982, de 13 de mayo, FJ 1). Esta concepción conecta con la idea defendida por KANT (2008, p. 160), para quien la religión es ante todo una «actitud interna, situada totalmente al margen de la esfera de la acción del poder civil». Desde esta perspectiva, ningún Estado puede imponer o suprimir una confesión religiosa ni condicionar el acceso a la función pública en función de la adscripción religiosa de los ciudadanos (KANT, 2008, pp. 213 y 214).

Por otro, destaca el principio de igualdad, según el cual no puede existir ningún tipo de discriminación ni trato jurídico diferenciado entre los ciudadanos basado en sus ideologías o creencias, de modo que todos deben disfrutar por igual de la libertad religiosa (STC 24/1982, de 13 de mayo, FJ 1). La Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, refuerza el mandato constitucional del artículo 14 CE y prohíbe cualquier forma de discriminación, directa o indirecta, en el empleo público¹⁶². Su alcance es especialmente relevante dentro de este ámbito porque obliga a todas las Administraciones a garantizar que el acceso, la carrera profesional y las condiciones de trabajo se rijan por criterios imparciales y objetivos. Además, la Ley incorpora el deber de adoptar medidas para eliminar los obstáculos que impiden que la igualdad sea real y efectiva, en línea con el artículo 9.2 CE. Como recuerda CANOSA USERA (2008, pp. 39 y 40), esta igualdad no se reduce a la mera titularidad formal de los derechos ni a la prohibición de discriminar, sino que incorpora también una dimensión sustancial, que exige remover barreras que dificultan el ejercicio efectivo de esos derechos. Este principio de igualdad -que deriva de esa misma libertad- implica que las creencias religiosas de una persona no pueden ser motivo para darle un trato jurídico diferente al de cualquier otra. En palabras de

estableciendo la igualdad y no discriminación por cuestiones religiosas o ideológicas y la aconfesionalidad del Estado. Con ello se asentaron las bases de la jurisprudencia posterior sobre la materia.

¹⁶¹ La STC 120/1990, de 27 de junio (FJ 10) aclara que la libertad ideológica o religiosa no se limita sólo al ámbito interno -es decir, a tener y formar sus propias convicciones-; también incluye una dimensión externa de *agere licere*: la posibilidad de actuar conforme a ellas sin sufrir sanciones, desventajas ni interferencias por parte de los poderes públicos.

¹⁶² Dentro del ámbito de aplicación de esta ley, regulado concretamente por el artículo 3, se incluye el empleo público.

ARECES PIÑOL (2026, p. 253) «la igualdad es un valor irrenunciable para el Estado y la sociedad; es un pilar fundamental del Estado de derecho, algo que no es opcional, sino de obligado cumplimiento».

La vulneración de este espacio externo de libertad ya sea mediante injerencias directas o a través de prácticas administrativas discriminatorias, constituye un indicador claro de la crisis del Estado de derecho, pues revela la incapacidad del poder público para respetar los límites que garantizan la autonomía moral de los individuos. Su protección efectiva, por tanto, no solo salvaguarda la esfera de la conciencia de cada persona, sino que actúa como garantía estructural del propio orden constitucional.

II. LA LAICIDAD: IDENTIDAD INSTITUCIONAL DEL ESTADO Y GARANTÍA DE LIBERTAD RELIGIOSA

Tras delimitar el contenido constitucional de la libertad religiosa y el alcance del principio de igualdad que garantiza su ejercicio sin discriminaciones, el análisis debe completarse con un tercer pilar que define la posición del Estado frente al hecho religioso: el principio de laicidad. Desde esta perspectiva, y como señala PANIZO ORALLO (2015), la fe y la religión, por ser realidades propias del ámbito personal y comunitario, son ajenas al Estado en cuanto tal. De ahí que este deba limitarse a ser únicamente Estado -ni más ni menos-. Esto implica que el poder público no puede adoptar actitudes propias del sujeto de fe -ni asumirla, ni rechazarla, ni ignorarla deliberadamente-, porque su función no es religiosa sino jurídica. La laicidad, correctamente comprendida, garantiza la identidad civil -no religiosa- del Estado configurado por la Constitución y excluye cualquier forma de confesionalidad, sea formal, material o sociológica.

El Estado actúa de manera genuinamente laica cuando se aproxima al hecho religioso únicamente como un componente específico del factor social y procede en consecuencia. La laicidad, entendida de este modo, establece la separación entre el Estado y las confesiones religiosas y exige un respeto recíproco. Además, implica que los poderes públicos mantengan una actitud de neutralidad -que no debe confundirse con la indiferencia- frente al hecho religioso. Esa neutralidad contribuye a que la libertad religiosa pueda ejercerse plenamente por todos los individuos y los grupos, y debe interpretarse de forma positiva, orientando a los poderes públicos a adoptar medidas que garanticen que esa libertad sea real y efectiva (CAÑAMARES ARRIBAS,

2010, p. 481). Como sostiene ARECES PIÑOL (2026, p. 251), en las democracias contemporáneas el Estado de derecho se configura como garante indispensable de los «derechos y libertades individuales frente a las pretensiones de los grupos o las colectividades» y en ellos ocupa un lugar central la obligación de proteger la libertad religiosa frente a cualquier forma de vulneración.

La laicidad implica, además, una valoración positiva del hecho religioso en el marco del bien común. Los poderes públicos han de reconocer que la presencia de valores espirituales, éticos y culturales vinculados a la religiosidad de los individuos y comunidades puede contribuir al desarrollo social.

En este sentido, la laicidad no supone hostilidad ni desinterés hacia lo religioso, sino una forma de actuación democrática dentro del Estado de derecho que integra el fenómeno religioso como parte de la realidad social y cuya adecuada protección y gestión corresponde al Estado. Esta forma de laicidad puede entenderse como el resultado de dos componentes: por un lado, la exigencia de neutralidad del Estado, no sólo respecto a igualdad de trato sino también de imparcialidad en cuanto a las convicciones o creencias de los ciudadanos; y, por otro, la separación entre el Estado y las confesiones religiosas, concebidas como esferas distintas, independientes y autónomas (CONTRERAS MAZARÍO, 2015, pp. 92 y 93).

La doctrina jurisprudencial internacional también se ha pronunciado sobre esta cuestión. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado una concepción sustantiva de la neutralidad estatal que coincide con una visión activa de la laicidad. En la sentencia dictada sobre el *asunto Lautsi y otros c. Italia*, de 18 de marzo de 2011¹⁶³, el Tribunal subraya que los Estados tienen la responsabilidad de garantizar, de manera neutral e imparcial, el ejercicio de las diversas religiones, creencias y convicciones, y que su función consiste en contribuir al mantenimiento del orden público, la armonía religiosa y la tolerancia en una sociedad democrática.

También la *Corte Costituzionale*¹⁶⁴ italiana, en el año 1989, afirma que el principio de laicidad no supone una actitud de neutralidad pasiva, sino una garantía activa de la libertad religiosa en un contexto de pluralismo confesional y cultural.

¹⁶³ En la sentencia se recoge lo siguiente: «In that connection, it should be pointed out that States have responsibility for ensuring, neutrally and impartially, the exercise of various religions, faiths and beliefs. Their role is to help maintain public order, religious harmony and tolerance in a democratic society, particularly between opposing groups», §60.

¹⁶⁴ En su Sentenza n. 203, anno 1989, que dice que: «Il principio di laicità, quale emerge dagli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Costituzione, implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni ma garanzia dello

Asimismo, la sentencia del *Bundesverfassungsgericht*¹⁶⁵ (Tribunal Constitucional Federal alemán), de 27 de enero de 2015, profundiza sobre la concepción activa y no meramente abstencionista de la neutralidad del Estado. El Tribunal recuerda que la Ley Fundamental impone al Estado un deber de neutralidad ideológica y religiosa que no se identifica con una separación estricta o una actitud de distanciamiento, sino que exige una posición abierta e integradora hacia todas las convicciones y confesiones. Al mismo tiempo, impone un mandato positivo: garantizar un espacio real para el ejercicio activo de las convicciones religiosas y para el desarrollo autónomo de la personalidad en el ámbito de las creencias. El Tribunal enfatiza que el principio de neutralidad ideológica y religiosa impide al Estado valorar como tales la fe y la doctrina de una comunidad religiosa. Esta concepción de la neutralidad, entendida como garantía activa del pluralismo, sitúa la decisión alemana en plena sintonía con la doctrina desarrollada por otros tribunales constitucionales europeos y por el propio TEDH.

En la misma línea, la jurisprudencia canadiense ha consolidado una concepción evolutiva del deber estatal de neutralidad religiosa. La *Supreme Court of Canada*¹⁶⁶,

Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale», Considerato in diritto 4.

¹⁶⁵ Su literal es: «Das Grundgesetz begründet für den Staat als Heimstatt aller Staatsbürger in Art. 4 Abs. 1, Art. 3 Abs. 3 Satz 1, Art. 33 Abs. 3 GG sowie durch Art. 136 Abs. 1 und 4 und Art. 137 Abs. 1 WRV in Verbindung mit Art. 140 GG die Pflicht zu weltanschaulich-religiöser Neutralität. Es verwehrt die Einführung staatskirchlicher Rechtsformen und untersagt die Privilegierung bestimmter Bekenntnisse ebenso wie die Ausgrenzung Andersgläubiger [...]. Der Staat hat auf eine am Gleichheitssatz orientierte Behandlung der verschiedenen Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften zu achten [...] und darf sich nicht mit einer bestimmten Religionsgemeinschaft identifizieren [...]. Der freiheitliche Staat des Grundgesetzes ist gekennzeichnet von Offenheit gegenüber der Vielfalt weltanschaulich-religiöser Überzeugungen und gründet dies auf ein Menschenbild, das von der Würde des Menschen und der freien Entfaltung der Persönlichkeit in Selbstbestimmung und Eigenverantwortung geprägt ist [...].

Die dem Staat gebotene weltanschaulich-religiöse Neutralität ist indessen nicht als eine distanzierende im Sinne einer strikten Trennung von Staat und Kirche zu verstehen, sondern als eine offene und übergreifende, die Glaubensfreiheit für alle Bekenntnisse gleichermaßen fördernde Haltung. Art. 4 Abs. 1 und 2 GG gebietet auch im positiven Sinn, den Raum für die aktive Betätigung der Glaubensüberzeugung und die Verwirklichung der autonomen Persönlichkeit auf weltanschaulich-religiösem Gebiet zu sichern [...]. Der Staat darf lediglich keine gezielte Beeinflussung im Dienste einer bestimmten politischen, ideologischen oder weltanschaulichen Richtung betreiben oder sich durch von ihm ausgehende oder ihm zuzurechnende Maßnahmen ausdrücklich oder konkludent mit einem bestimmten Glauben oder einer bestimmten Weltanschauung identifizieren und dadurch den religiösen Frieden in einer Gesellschaft von sich aus gefährden [...]. Auch verwehrt es der Grundsatz weltanschaulich-religiöser Neutralität dem Staat, Glauben und Lehre einer Religionsgemeinschaft als solche zu bewerten [...]»; §109 y §110.

¹⁶⁶ Concretamente la sentencia pone de manifiesto que: «The state's duty of religious neutrality results from an evolving interpretation of freedom of conscience and religion. The evolution of Canadian society has given rise to a concept of this neutrality according to which the state must not interfere in religion and beliefs. The state must instead remain neutral in this regard, which means that it must neither favour nor hinder any particular belief, and the same holds true for non-belief. The pursuit of the ideal of a free and democratic society requires the state to encourage everyone to participate freely in public life regardless of their beliefs. A neutral public space free from coercion, pressure and judgment on the part of public

en el caso *Mouvement laïque québécois v. Saguenay*, de 15 de abril de 2015, afirma que este deber deriva de una interpretación dinámica de la libertad de conciencia y de religión, adaptada al pluralismo social. Según esta doctrina, la neutralidad exige que el Estado no interfiera en las creencias ni favorezca u obstaculice ninguna convicción, incluidas las posiciones de no creencia. Un espacio público neutral, libre de coerción, presión o juicio por parte de las autoridades en materia espiritual constituye una garantía esencial de la dignidad y la libertad de los individuos. El Estado incumple ese deber de neutralidad cuando adopta o promueve expresiones religiosas bajo el pretexto de proteger una tradición patrimonial, cultural o histórica, pues ello puede incentivar la participación de unos ciudadanos en detrimento de otros en la vida pública.

En este sentido, cuando la laicidad se aplica correctamente, no describe una posición religiosa del Estado, sino la naturaleza jurídica de su actuación democrática ante el fenómeno religioso, como hecho social que forma parte del bien común. En definitiva, la actuación estatal no puede consistir en profesar o negar lo religioso, sino en reconocerlo como un factor social protegido por el derecho de libertad religiosa.

En España, la STC 154/2002, de 18 de julio (FJ 6), contribuye a precisar el concepto de laicidad cuando afirma que «[e]n su dimensión objetiva, la libertad religiosa comporta una doble exigencia, a que se refiere el art. 16.3 CE: por un lado, la de neutralidad de los poderes públicos, ínsita en la aconfesionalidad del Estado; por otro lado, el mantenimiento de relaciones de cooperación de los poderes públicos con las diversas Iglesias». Esta formulación permite entender la laicidad no como una actitud de indiferencia, sino como un equilibrio entre neutralidad y cooperación. En coherencia con lo anterior, y como sostiene HESSE (1978, p. 158), la libertad religiosa fundamenta la neutralidad religiosa e ideológica del Estado, la cual es condición previa para un proceso político libre y la base del Estado de derecho actual¹⁶⁷.

authorities in matters of spirituality is intended to protect every person's freedom and dignity, and it helps preserve and promote the multicultural nature of Canadian society. The state's duty to protect every person's freedom of conscience and religion means that it may not use its powers in such a way as to promote the participation of certain believers or non-believers in public life to the detriment of others. If the state adheres to a form of religious expression under the guise of cultural or historical reality or heritage, it breaches its duty of neutrality».

¹⁶⁷ El autor dice: «Als Grundelement objektiver demokratischer und rechtsstaatlicher Ordnung begründet die Glaubens, Bekenntnis- und Kulturfreiheit die religiöse und weltanschauliche Neutralität des Staates als Voraussetzung eines freien politischen Prozesses und als Grundlage heutiger Rechtsstaatlichkeit».

Como señala RODRÍGUEZ-ARANA (2012, pp. 126 y 127), a través del artículo 16.3 CE el constituyente adjudica a la Administración pública el carácter de persona jurídico-pública que sirve al interés general; debiendo ser este servicio objetivo (imparcial y neutral) y que aplicado al Estado social y democrático de derecho lo sitúa en una dimensión promocional y garantizadora. Esta exigencia de neutralidad también tiene una dimensión subjetiva, vinculada a la protección de la libertad religiosa de cada individuo. Si la STC 154/2002 perfila la laicidad en su vertiente institucional -como equilibrio entre neutralidad y cooperación-, el Tribunal Constitucional -en la citada STC 24/1982 de 13 de mayo (FJ 11)- completa este marco al precisar el alcance de la libertad religiosa en su vertiente individual, entendida como el derecho de cada individuo a actuar conforme a sus creencias sin que el Estado ni ningún grupo social pueda presionarlo o imponerle conductas en este ámbito, lo que se conoce como plena inmunidad de coacción. En consecuencia, el Estado debe mantenerse al margen de cualquier práctica o manifestación religiosa, evitando participar en ellas como si fuera un sujeto religioso más.

Asimismo, dentro de un Estado de derecho -y conforme al artículo 9.2 CE- el poder público no solo debe abstenerse de interferir, sino también debe crear condiciones efectivas para el ejercicio real de los derechos. En este sentido, el artículo 16.1 CE establece que la libertad religiosa no se agota en una mera prohibición de las injerencias estatales, sino que exige el reconocimiento, protección y garantías jurídicas. Por eso, el Estado debe adoptar una actitud activa que asegure que los individuos y las comunidades religiosas puedan ejercer su libertad sin obstáculos.

El contrapunto a esta concepción se encuentra en el laicismo, entendido -por un sector mayoritario de la doctrina¹⁶⁸- como una radicalización de la laicidad que tiende a excluir o negar el factor religioso del espacio público. Desde esta perspectiva, el laicismo puede derivar en una postura dogmática totalitaria que, en nombre de la libertad de conciencia, termina por restringir la libertad religiosa en lugar de

¹⁶⁸ Para comprender la posición de la corriente doctrinal que cuestiona el laicismo, puede citarse la postura de quienes, desde una visión abiertamente laicista, defienden una concepción militante de la separación entre Iglesia y Estado. Es el caso de CIFUENTES (2005, pp. 33 y 34) que sostiene que: «El laicismo es el movimiento social, político y cultural que promueve el ideal de la laicidad y por lo tanto solamente exige la separación entre las iglesias y el Estado y el fin de todos los privilegios que todavía hoy mantiene la Iglesia católica en España. Por tanto, la laicidad no es más que el proyecto filosófico, jurídico y político que propugna el movimiento laicista en España. Como ese proyecto de laicidad no se ha cumplido, es preciso que las organizaciones y asociaciones que luchan por el logro de ese ideal traten de impulsar su difusión y la elaboración de un Estatuto de la laicidad basado en el respeto a la libertad de conciencia y de religión y que sirva de pauta de conducta aplicable a todos los ámbitos de las instituciones públicas».

garantizarla. Como señala RUANO ESPINA (2009, *Ius Canonicum*), en un modelo laicista el Estado no reconocería eficacia jurídica a ningún acto de naturaleza religiosa -como la celebración de un matrimonio canónico, por ejemplo-, no garantizaría el derecho a recibir enseñanza o asistencia religiosa y promovería la eliminación de símbolos religiosos en lugares públicos. Se trata, en definitiva, de una interpretación restrictiva de la libertad religiosa, incompatible con el mandato constitucional de asegurar su ejercicio efectivo.

En esta misma línea, OLLERO TASSARA (2012, p. 17 y ss.) advierte que el laicismo implica una desconexión radical del Estado respecto a lo religioso. Esta tajante separación, que relega toda convicción religiosa al ámbito íntimo del individuo, puede acabar resultando no ya neutral, sino neutralizadora de su posible proyección sobre el ámbito público. En su versión más extrema, incluso podría desembocar en formas de discriminación por razón de religión, vulnerando con ello el principio de igualdad.

A partir de lo expuesto, puede sostenerse que la libertad religiosa, tal y como la concibe la Constitución, exige un equilibrio delicado: el Estado debe garantizar un espacio público verdaderamente neutral -que no neutro- que permita el pluralismo, pero sin caer en un laicismo excluyente que, bajo la apariencia de imparcialidad, termine restringiendo aquello que debe proteger. Esta tensión entre laicidad y laicismo plantea cómo debe configurarse la actuación estatal para asegurar una convivencia respetuosa ante una sociedad religiosamente plural.

III. LA FUNCIÓN PÚBLICA COMO ESPACIO DE FRICCIÓN ENTRE DERECHOS INDIVIDUALES Y NEUTRALIDAD INSTITUCIONAL

La aplicación del principio de neutralidad religiosa a quienes representan al Estado constituye uno de los puntos más delicados en el debate contemporáneo sobre la laicidad. Como señalan MACLURE y TAYLOR (2011, p. 61), las repercusiones de este principio para los funcionarios públicos varía profundamente según el modelo de laicidad adoptado por el Estado. En las concepciones republicanas estrictas, la respuesta es evidente: los empleados públicos no pueden manifestar sus convicciones religiosas en el ejercicio de sus funciones, lo que ha llevado a países como Francia o

Turquía a prohibir el uso de símbolos religiosos visibles por parte de quienes ocupan cargos públicos¹⁶⁹.

Sin embargo, en modelos liberales y pluralistas de laicidad, entre los que se encuentra España, esta cuestión admite respuestas más diversas. Estos sistemas buscan equilibrar dos exigencias fundamentales: por un lado, una protección amplia de la libertad religiosa de todos los ciudadanos, incluidos los funcionarios; por otro lado, la garantía de igualdad y neutralidad institucional, indispensable para que el Estado trate a todos sin discriminación y sin privilegios, con independencia de sus creencias religiosas o convicciones personales. La fricción entre libertad religiosa y neutralidad institucional se intensifica en ciertos sectores del servicio público, en espacios especialmente sensibles como la educación, por un posible riesgo de influencia en los menores; los cuerpos y fuerzas de seguridad, por la necesidad de reforzar la apariencia de neutralidad; el ámbito sanitario, por la integridad moral de los sanitarios¹⁷⁰ y el aseguramiento de la continuidad del proceso asistencial; y en la Administración justicia, por la exigencia de máxima imparcialidad.

En estos contextos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce que los Estados pueden limitar la manifestación externa de la libertad religiosa cuando ello sea necesario para proteger derechos de terceros, el orden público o la neutralidad institucional (STEDH de 4 de diciembre de 2008, asunto *Hacer Dogru c. Francia*, § 64). Ahora bien, ante esta afirmación es conveniente realizar algunas precisiones. Para comprender adecuadamente el alcance de esta cuestión, resulta útil examinar brevemente alguna de las decisiones más significativas del TEDH dictadas en relación con este tema.

¹⁶⁹ En Alemania, algunos Estados federados han aprobado leyes que limitan el uso de símbolos religiosos visibles por parte de los funcionarios. Por ejemplo, Berlín aprobó la Ley de Neutralidad (*Neutralitätsgesetz*), publicada el 27 de enero de 2005, que prohíbe a policías, profesores y personal judicial llevar símbolos religiosos visibles mientras están de servicio; en https://scriptorium77.com/wp-content/uploads/2020/08/vis-be-verfart29g-be-2005-neutralitatsgesetz-landesnorm-berlin-gesamtausgabe-gesetz-zu-artikel-29-der-verfassung-von-berlin-vom-27.-januar-2005-gultig-ab-09.02.2005.pdf?utm_source=copilot.com, [fecha de consulta 03.03.2026].

¹⁷⁰ Sobre esta cuestión conviene tener en cuenta la advertencia de PÉREZ-MADRID (2026, p. 111) quien señala que «es imprescindible distinguir entre la objeción de conciencia *tout court* y las dudas técnico-clínicas sobre procedimientos concretos, con frecuencia confundidas en el debate público». En efecto, no es lo mismo la objeción de conciencia propiamente dicha -es decir, la negativa del profesional a realizar una acción porque considera que la misma contradice profundamente sus convicciones religiosas o morales- que una negativa basada en criterios técnicos o profesionales, que responde a una lógica muy distinta. En el marco de este trabajo, el conflicto que analizamos se sitúa precisamente en el primer ámbito: aquel en el que el funcionario considera que la actuación exigida compromete su integridad religiosa o moral, y no en el terreno de las discrepancias clínicas o profesionales.

En el asunto *Dahlab c. Suiza* (STEDH de 25 de febrero de 2001), el Tribunal considera legítimo impedir a una profesora que utilice un pañuelo islámico mientras ejerce su labor docente en una escuela pública, al entender que este símbolo puede influir de manera inapropiada en sus estudiantes y comprometer el deber de neutralidad. El Tribunal señala que, en sociedades democráticas caracterizadas por una pluralidad religiosa, puede ser necesario imponer determinadas restricciones a la libertad religiosa con el fin conciliar los intereses en juego y garantizar así el respeto de las convicciones de todos¹⁷¹. Estima que la limitación impuesta a la docente está justificada y es proporcional al objetivo perseguido de proteger los derechos y libertades de los demás, así como el orden y la seguridad públicos en consonancia con el artículo 9.2 CEDH¹⁷².

Más adelante, en el asunto *Leyla Sahin c. Turquía* (STEDH de 29 de junio de 2004, § 110); el Tribunal avala que, en sistemas de laicidad estricta, puedan imponerse restricciones amplias al uso de símbolos religiosos incluso en el ámbito universitario. El Tribunal entiende que, en un entorno académico, las autoridades pueden considerar que permitir la exhibición de símbolos religiosos -como el uso del pañuelo islámico- resulta incompatible con los valores y la función formativa de la institución.

En *Eweida y otros c. Reino Unido* (STEDH de 15 de enero de 2013, § 81 a § 84), el Tribunal subraya que las restricciones a la libertad religiosa en el ámbito laboral deben ponderarse caso por caso; recordando que el deber estatal de neutralidad e imparcialidad es incompatible con cualquier valoración de la legitimidad de las creencias o su forma de expresión. Aunque reconoce que los Estados disponen de un margen de apreciación para decidir si una injerencia es necesaria y en qué medida, recuerda que las restricciones deben estar justificadas y no basarse en argumentos genéricos que conduzcan a prohibiciones desproporcionadas. Como ponen de manifiesto ROCA FERNÁNDEZ y TORRES GUTIÉRREZ (2023, pp. 702, 703 y 711), ese margen de apreciación de los Estados se ha ido estrechando progresivamente,

¹⁷¹ Sobre esta cuestión el Tribunal referencia la STEDH de 25 de mayo de 1993, asunto *Kokkinakis c. Grecia* (§ 33). En este caso reconoce que en sociedades democráticas donde coexisten una pluralidad religiosa, puede ser necesario imponer esas restricciones para conciliar los intereses de los distintos grupos y garantizar el respeto a las creencias de todos.

¹⁷² El precepto establece que «[l]a libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás».

especialmente en materia de objeción de conciencia, a medida que la jurisprudencia europea exige una justificación más rigurosa de cualquier limitación.

En el asunto *Ebrahimian c. Francia* (STEDH de 26 de noviembre de 2015, § 28), el Tribunal reiteró -en sintonía con las manifestaciones del Conseil d'État- que en sistemas de laicidad estricta como el francés, la neutralidad obligatoria de los funcionarios puede justificar la prohibición de manifestar convicciones religiosas durante el ejercicio de sus funciones, siempre que se respete el principio de proporcionalidad y las garantías previstas en el Convenio. El Tribunal consideró que la prioridad otorgada por los tribunales franceses al interés estatal en preservar la neutralidad, por encima del interés individual de la demandante de expresar externamente sus convicciones, no planteaba problemas desde la perspectiva del Convenio. No obstante, como sostienen ROCA FERNÁNDEZ y TORRES GUTIÉRREZ (2023, pp. 715 y 716), cuando los derechos protegidos por el artículo 9 CEDH entran en conflicto con los derechos de los demás, no siempre es posible extraer criterios estables que permitan prever con claridad qué derecho prevalecerá. Para evitar inseguridad jurídica, consideran preferible mantener el test de legalidad, legitimidad y necesidad, en lugar de recurrir a valoraciones globales o criterios excesivamente abiertos.

En conjunto, la jurisprudencia del TEDH muestra que la neutralidad estatal no exige soluciones uniformes, sino un examen cuidadoso de cada contexto institucional y de cada restricción impuesta, siempre dentro de los límites establecidos por el artículo 9.2 CEDH: «*la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás*». Dado que el margen de apreciación de los Estados no es ilimitado y debe ejercerse de manera compatible con la protección efectiva de la libertad religiosa, requiere un equilibrio real entre neutralidad institucional y derechos de los funcionarios. Como destacan ROCA FERNÁNDEZ y TORRES GUTIÉRREZ (2023, p. 711), el TEDH no puede quedar eximido de su función de garantizar el respeto al Convenio, especialmente en sociedades plurales y multiculturales, donde resulta imprescindible fomentar un clima de tolerancia y respeto mutuo. Este contexto impone a los Estados una obligación positiva de respetar y asegurar el principio de neutralidad ideológica y religiosa, como presupuesto para una convivencia democrática.

También el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la libertad religiosa en el ámbito del empleo público, elaborando una doctrina propia sobre cómo deben articularse los derechos fundamentales de los funcionarios con el principio de neutralidad del Estado. Aunque su jurisprudencia no es tan extensa como la del TEDH, si ha abordado cuestiones esenciales como la objeción de conciencia, el uso de simbología religiosa o la adaptación de horarios por motivos religiosos, que abren una ventana a comprender cómo puede equilibrarse en nuestro ordenamiento la libertad religiosa de quienes ejercen funciones públicas con las exigencias de imparcialidad y buen funcionamiento del servicio público. Un ejemplo lo encontramos en la STC 101/2004, de 2 de junio, en la que el Tribunal reconoce la dimensión negativa de la libertad religiosa a un subinspector del Cuerpo Nacional de Policía que se negó a participar en actos de servicio cuya finalidad no era garantizar el orden público, sino integrarse en un acto de culto religioso.

Por su parte, la jurisdicción ordinaria también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta tensión entre convicciones personales y deberes profesionales lo ofrece la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 5ª) de 21 de junio de 2010. En este caso, dos enfermeros destinados en un centro penitenciario solicitaron ser dispensados de participar en el programa de intercambio de jeringuillas alegando que dicha actividad contravenía sus convicciones morales y religiosas. Aunque el litigio se planteó inicialmente en términos de objeción de conciencia, lo relevante de esta sentencia es la forma en la que el Tribunal delimita el espacio en el que pueden desplegarse las convicciones personales de quienes ejercen funciones públicas. El Tribunal subraya que la libertad religiosa no desaparece en el ámbito laboral, pero sí debe ejercerse de manera compatible con la estructura y finalidad del servicio público. La jurisprudencia reconoce, por tanto, que la libertad religiosa de los funcionarios es un derecho plenamente garantizado. La posición institucional que ocupan, la necesidad de asegurar la continuidad y homogeneidad del servicio que prestan, así como la obligación del Estado de mantener una apariencia de neutralidad ante todos los ciudadanos, introducen modulaciones específicas. Pero, el equilibrio entre libertad religiosa y neutralidad institucional no se articula mediante prohibiciones absolutas ni mediante el ejercicio ilimitado de la libertad religiosa, sino a través de una ponderación contextual que atiende a la naturaleza del servicio, a la función desempeñada y a los efectos que la manifestación de creencias pueda producir en terceros.

IV. CONCLUSIONES

La experiencia histórica muestra que, en no pocas ocasiones, las dinámicas del poder han interferido en el funcionamiento ordinario de la Administración, generando tensiones que comprometen su deber de neutralidad y la imparcialidad que debe guiar la actuación de los empleados públicos (RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, 2023, p. 43).

En este contexto, la reflexión de HABERMAS (2006, pp. 146 y 147) resulta especialmente pertinente: cuando los ciudadanos seculares -y, por extensión, las instituciones estatales- consideran la religión como un resto arcaico carente de valor racional, la libertad religiosa deja de entenderse como un derecho fundamental, y pasa a concebirse como una mera protección de «especies en vías de extinción». Esta reducción conduce a una interpretación laicista de separación Iglesia-Estado, sustentada en un «indiferentismo indulgente» que deslegitima las convicciones religiosas en el espacio público. Frente a ello, el principio de laicidad exige un reconocimiento institucional de la relevancia moral y racional que las creencias religiosas tienen para los ciudadanos, especialmente en un contexto de crisis de Estado de Derecho y de crecientes tensiones en el ejercicio de la función pública.

Fortalecer el Estado de derecho requiere, por tanto, asegurar que la libertad religiosa se interprete y aplique conforme a criterios normativos claros, evitando tanto la instrumentalización política como las restricciones preventivas. Solo así el espacio público puede permanecer abierto y ser respetuoso con la diversidad de convicciones, y la función pública puede seguir siendo un ámbito en el que los derechos fundamentales se protegen con rigor y coherencia.

En esta línea, resulta especialmente significativo el tránsito desde una concepción descendente o institucionalizada de la laicidad -entendida como límite impuesto desde el poder político- hacia una comprensión ascendente, personalizada y centrada en la dignidad y la experiencia ciudadana. Como señala CALVO ESPIGA (2014, p. 85), la laicidad no debe operar como herramienta de control estatal, sino como cauce de libertad que permita generar espacios de autonomía no tutelados. Cuando la laicidad se ejerce desde las instituciones como instrumento de poder, las interferencias políticas erosionan la neutralidad administrativa y comprometen la imparcialidad que deben seguir las actuaciones de los empleados públicos. Por el contrario, una laicidad centrada en la dignidad del ciudadano contribuye a reforzar el Estado de derecho, al

permitir que la diversidad de convicciones se exprese sin sospecha y al consolidar sociedades verdaderamente abiertas.

Coincidiendo con PANIZO ORALLO (2003, p. 158), los derechos fundamentales no pueden entenderse ni aplicarse de manera abstracta o rígida, pues sus límites y contornos son difíciles de fijar de forma definitiva. Por eso, su concreción depende tanto de las normas positivas como de las interpretaciones jurisprudenciales, sin perder de vista que su fundamento último se encuentra en principios éticos que a veces no coinciden plenamente con lo que establecen las leyes. Desde esta perspectiva, «cada persona con su realidad y con sus circunstancias; y cada caso valorado con las razones justas, deducibles del valor concreto de los intereses en conflicto, de ponderaciones equilibradas y rectas de las actitudes y circunstancias del supuesto» con el fin de situar «lo más exactamente posible» los derechos fundamentales afectados en cada caso. Este enfoque refuerza la necesidad de evitar soluciones automáticas y de apostar por una ponderación contextualizada.

La perspectiva institucional aporta un elemento adicional. En la lógica jellinekiana, el Estado de derecho no se sostiene solo en la convicción normativa, sino «en aquellas garantías que, mientras permanecen incambiables, garantizan con su propia existencia el orden jurídico que de ellas emanara» entre las que se encuentra tanto la «división del poder en distintos órganos» como la forma en la que el Estado organiza la dependencia o independencia de sus funcionarios (JELLINEK, 2004, p. 328). Su condición de garantes del interés general justifica la existencia de deberes reforzados que pueden modular el ejercicio de sus derechos personales, precisamente porque su actuación contribuye a preservar la estabilidad y vigencia del orden jurídico.

En este marco, desdramatizar la presencia de símbolos religiosos en la función pública constituye un paso necesario para evitar que la apariencia de neutralidad se convierta en un argumento para imponer restricciones generales y desproporcionadas (MACLURE & TAYLOR, 2011, p. 62). La neutralidad institucional no exige la invisibilización de las convicciones personales, sino la garantía de que estas no condicionen el ejercicio de las funciones públicas ni generen desigualdad de trato a los ciudadanos. Integrar esta perspectiva implica asumir que la neutralidad estatal no se opone a la expresión moderada de las creencias, sino que la acompaña con un principio de tolerancia, entendido como disposición a convivir con manifestaciones diversas siempre que no comprometan la imparcialidad del servicio. Esta combinación

de neutralidad y tolerancia constituye una de las claves para sostener un espacio público verdaderamente plural.

En definitiva, la protección de la libertad religiosa en la función pública exige una ponderación caso por caso, no prohibiciones preventivas ni lecturas maximalistas de neutralidad. El desafío contemporáneo consiste en articular un modelo de laicidad que, lejos de excluir lo religioso del espacio público, asegure que su presencia -cuando sea compatible con las funciones desempeñadas- no comprometa la imparcialidad del Estado ni la igualdad de los ciudadanos. Solo así podrá mantenerse un equilibrio legítimo entre los derechos individuales de los funcionarios y las exigencias institucionales del Estado de derecho, preservando la confianza pública en unas instituciones que actúan con neutralidad, imparcialidad, respeto y coherencia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Areces Piñol, M. T. (2026). Igualdad de género y la prohibición del burka en Cataluña: Otra oportunidad perdida. En *Género, religión y derechos fundamentales: Nuevos desafíos jurídicos* (pp. 225-254). Dykinson.

Calvo Espiga, A. (2014). Laicidad integradora y libertad religiosa, coordenadas del ordenamiento jurídico en los sistemas democráticos. En *Libertad de conciencia, laicidad y derecho* (pp. 63-85). Thomson Reuters.

Canosa Usera, R. (2008). Igualdad y no discriminación en el Derecho internacional de los derechos humanos. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, (11), 39-66.

Cañamares Arribas, S. (2010). Ley Orgánica de Libertad Religiosa: Oportunidad y fundamento de una reforma. *Ius Canonicum*, 50, 477-515.

Cifuentes, L. M. (2005). *¿Qué es el laicismo?* Laberinto.

Contreras Mazarío, J. M. (2015). *Derecho y factor religioso. El espíritu de la libertad y las libertades del espíritu*. Tirant lo Blanch.

Deik, C. (2018). El juez constitucional colombiano: Artífice de la Constitución y garante del Estado de derecho. En *Crisis del Estado de derecho* (p. 223). Universidad Externado de Colombia.

Dicey, A. V. (1915). *Introduction to the study of the law of the Constitution* (8ª). Macmillan and Co.

Escalate, P. (2023). ¿Estado de derecho o Estado libre? La experiencia constitucional de la Revolución Francesa. *Prohistoria*, (Año XXVI, 40), 1-32.

- Fleiner, F. (1933). *Instituciones de derecho administrativo*. Labor. WorldCat.org.
- García Roca, J., & Pérez-Moneo, M. (2023). El preámbulo contexto hermenéutico del Convenio: Un instrumento constitucional del orden público europeo. En *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos: I* (Vols. 1-2, pp. 21-54). Centro de Estudios Constitucionales.
- Habermas, J. (2006). *Entre naturalismo y religión*. Paidós.
- Hesse, K. (1978). *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. C.F. Müller Juristischer Verlag.
- Jellinek, G. (2004). *Teoría General del Estado de Derecho* (Segunda reimpression). Fondo de cultura económica. <https://archive.org/details/jellinek-georg.-teoria-general-del-estado-ocr-2000/page/23/mode/2up>.
- Jove Villares, D. (2020). *Sمند y Kelsen, Estado como integración y problemas actuales*. 24, 64-82.
- Kant, I. (2008). *La metafísica de las costumbres* (Reimpression. Traducción y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho). Tecnos.
- Kelsen, Hans. (1934). *Esencia y valor de la democracia* (Traducción de la 2ª edición alemana por R. Luengo Tapia y Luis Legaz Lacambra). Labor.
- Lucas Verdú, P. (1986). *Curso de Derecho Político: II* (3ª). TECNOS.
- Maclure, J., & Taylor, C. (2011). *Laicidad y libertad de conciencia*. Alianza Editorial.
- Martínez Martínez, F. (2025). El Estado de Derecho: Historia de un concepto. En *Erosiones del Estado de Derecho* (pp. 31-60). Dykinson.
- Mill, J. S. (2023). *Sobre la libertad* (8ª reimpression). Alianza Editorial.
- Mohl, R. von (with The Library of Congress). (1866). *Die Polizei-wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*. Tübingen, H. Laupp.
- Ollero Tassara, A. (2012). Laicidad y laicismo en el marco de la Constitución española. En *La libertad religiosa en España y en el derecho comparado* (pp. 17-32). Iustel.
- Palomino Lozano, R. (2022). *Derecho y religiones*. Thomson Reuters. ARANZADI.
- Panizo Orallo, S. (2003). *La intimidación a prueba*. Colex.
- Panizo Orallo, S. (2015). *Apuntes de Derecho Eclesiástico del Estado*. CES Cardenal Cisneros.

Pérez-Madrid, F. (2026). Objeción de conciencia y atención sanitaria vinculada a la identidad de género: Un análisis comparado desde la libertad de conciencia y el acceso a la salud. En *Género, religión y derechos fundamentales: Nuevos desafíos jurídicos* (pp. 109-144). Dykinson.

Roca Fernández, M. J., & Torres Gutiérrez, A. (2023). La libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 9 CEDH). En *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos: II* (4ª). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Rodríguez-Arana, J. (2012). *El ciudadano y el poder público: El principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración*. REUS.

Rodríguez-Arana Muñoz, J. (2023). *Derecho administrativo constitucional* (Ediciones Olejnik).

Ruano Espina, L. (2009, abril 25). *Laicidad y laicismo: Conceptos básicos*. Ius Canonicum. Información del derecho canónico. <https://iuscanonicum.org/index.php/derecho-ecclesiastico/relaciones-entre-el-estado-y-la-iglesia/330-laicidad-y-laicismo-coeptos-basicos.html>

Secretario General. (2004). *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos* (S/2004/616). Consejo General de las Naciones Unidas.

Tudela Aranda, J. (2025). *En defensa del Estado de Derecho*. Marcial Pons.

REFERENCIAS NORMATIVAS

Constitución Española (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978), <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE núm. 167, de 13 de julio de 2022), <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-11589>

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

Tribunal Constitucional

Tribunal Constitucional (1982). STC 24/1982, de 13 de mayo (BOE núm. 137, de 09 de junio de 1982).

Tribunal Constitucional (1990). STC 120/1990, de 27 de junio (BOE núm. 181, de 30 de julio de 1990), ECLI:ES:TC:1990:120.

Tribunal Constitucional (2002). STC 154/2002, de 18 de julio (BOE núm. 188, de 07 de agosto de 2002).

Tribunal Constitucional (2004). STC 101/2004, de 2 de junio, (BOE núm. 151, de 23 de junio de 2004).

Tribunal Supremo

Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 5ª (2010). Sentencia de 21 de junio de 2010.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Kokkinakis c. Grecia (1993). Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 25 de mayo de 1993.

Dahlab c. Suiza (2001). Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 25 de febrero de 2001.

Leyla Sahin c. Turquía (2004). Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 29 de junio de 2004.

Hacer Dogru c. Francia (2008). Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 4 de diciembre de 2008.

Lautsi y otros c. Italia (2011). Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 18 de marzo de 2011.

Eweida y otros c. Reino Unido (2013). Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 15 de enero de 2013.

Ebrahimian c. Francia (2015). Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 26 de noviembre de 2015.

Jurisprudencia extranjera

Bundesverfassungsgericht (2015). Sentencia de 27 de enero de 2015.

https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2015/01/rs20150127_1bvr047110.html

Corte Costuzional (1989). Sentenza n. 203/1989.

https://presidenza.governo.it/USRI/ufficio_studi/normativa/203_89.pdf

Supreme Court of Canada (2015). *Mouvement laïque québécois v. Saguenay*, 2015 SCC 16. Sentencia de 15 de abril de 2015.

<https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/2015/2015scc16/2015scc16.html>

4. MEDIOS, FINES E INTERPRETACIÓN EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ANTE EL REPLIEGUE DEL PODER EJECUTIVO

Íñigo García de Castro García

Estudiante de doctorado en el área de Filosofía del Derecho

Universidad de Oviedo

ÍNDICE: Introducción. I. Interpretación constitucional y judicialización del estado. II. La doma del ejecutivo en el sistema presidencialista estadounidense y en el parlamentario español. III. Fines y medios del estado en la interpretación constitucional.

RESUMEN: Se estudia la actividad interpretativa de la norma suprema como competencia no exclusiva del Tribunal Constitucional, dejando ver que la caracterización de este como “supremo intérprete”, por muy natural que se haya acabado presentando en el pensamiento constitucionalista, está lejos de ser un mero corolario de la idea de “Estado de derecho”. Se señalan los efectos que esa supremacía tiene para la relación entre poderes, prestando especial atención al papel del casi olvidado poder ejecutivo en los sistemas democráticos europeos actuales y a las dificultades que todo ello conlleva para la generación de un verdadero sentimiento de identidad constitucional en la ciudadanía.

INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos de interpretación constitucional, nos referimos con toda probabilidad a la que realiza un tribunal explícitamente habilitado para ello. Esto no puede ser de otra manera, dado que en la mayoría de ocasiones es la propia norma suprema la que designa al órgano como su “intérprete supremo”. No obstante, esta no deja de ser una determinada configuración de los sistemas constitucionales modernos, muy específica, pero asimismo tan extendida que se corre el riesgo de ver en ella algo “natural”, sin tener en cuenta el proceso que ha llevado a establecerla como modelo político-jurídico. En las páginas que siguen profundizaremos en este asunto haciendo especial énfasis en la característica posición actual del poder ejecutivo, cuya aparente irrelevancia en comparación con el judicial o el legislativo oculta en realidad, como se verá, importantísimas implicaciones para la relación entre los poderes y para lo que

significa la propia actividad de la interpretación en el Estado constitucional y democrático de Derecho

I. INTEPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y JUDICIALIZACIÓN DEL ESTADO

Como indica el artículo 1 de la Ley del Tribunal Constitucional, este es el supremo intérprete de la norma suprema, no el único. En teoría, cada vez que las Cortes o el Gobierno ejercen sus potestades, lo hacen con una determinada interpretación que posteriormente deberán defender como *la* correcta en caso de ser cuestionada por un recurso o cuestión de inconstitucionalidad. No deja ser atractivo, pues, considerar la titularidad de la interpretación constitucional como el signo inequívoco de la superioridad de uno de los tres poderes (Rosenfeld, 1993: 142). Ahora bien, ¿tiene la interpretación efectuada por un poder determinado la misma naturaleza que la de otro distinto? Incluso si damos por sentado que todo órgano o agente estatal debe considerar la ley desde un punto de vista exclusivamente jurídico, se plantearía la pregunta de si la interpretación *jurídica* de un presidente del gobierno es análoga a la que hace un tribunal. Y en este caso la respuesta es que sí. La sujeción impuesta por el Estado de derecho al Ejecutivo le obliga a interpretar las leyes y la Constitución, de forma más o menos explícita. Cuando defiende sus acciones y la interpretación en que las ha basado ante el Tribunal Constitucional, su propósito es que este acepte lo más plenamente posible dicha interpretación, por lo que la argumentación debe desplegarse, en principio, en el mismo nivel que la del tribunal. Si el poder judicial se caracteriza por su sujeción a la ley —y a la constitución, en su caso— el sistema político específicamente constitucional conlleva a su vez una judicialización de todo el Estado, no solo en el sentido de supervisión, sino también en lo que respecta a la “actitud” de cada uno de sus órganos (Clarke & Epps, 2025: 1541, 1542).

Esta judicialización, ya propiamente dicha —esto es, como control—, ya “conductual”, de todos los poderes del Estado no deja de ser una especie de “esquizofrenia”, que naturalmente se manifestará con distintos efectos en cada uno de ellos.

Por lo que respecta al legislativo, la cuestión suele centrarse en la tensión entre la legitimidad democrática y la supremacía constitucional. No obstante, a este poder, siempre que ha gozado de una mínima autonomía, no le ha sido históricamente ajena en modo alguno la sumisión a otro, esto es, al ejecutivo. De hecho, solo esta previa

opresión explica el celo con que se trató de defender la supremacía del parlamento durante los primeros movimientos revolucionarios europeos.

La cuestión es completamente diferente en lo que respecta al poder ejecutivo. En la tradición jurídica occidental no es hasta *Marbury v. Madison* cuando sus límites acaban definiéndose en la práctica no según un criterio de mero equilibrio con el Parlamento, por ejemplo, o de soberanía compartida, sino en virtud de su carácter de órgano constitucional y, por tanto, de sumisión a la norma suprema (De Otto, 2010: 1119).

Sin embargo, sería un error estudiar este asunto desde una perspectiva meramente histórico-política, haciendo hincapié en la progresiva reducción de poder monárquico, por ejemplo. La constitucionalización del poder ejecutivo y, por tanto, la “judicialización” de su conducta, por cuanto debe basar todas sus acciones en una previa interpretación de la constitución, es un fenómeno extremadamente problemático por la propia *naturaleza* de este poder. Y es importante señalar que con esto no se está intentando encauzar el estudio en términos políticos, esto es, el peligro de un autoritarismo latente en el ejecutivo que pueda socavar el sistema democrático. Incluso en un Estado de derecho y constitucional perfectamente sólido las características propias del Ejecutivo —la acción rápida en situaciones de emergencia, la monopolización de la fuerza y la concentración de sus inherentes prerrogativas en unas pocas personas o una única figura— parecen ser antitéticas para la identidad política del sistema. Palabras como emergencia, efectividad, contundencia...no casan con reflexión, supervisión o consenso. Tanto es así que “El concepto de gobierno como función aparece, por tanto, como la antítesis del derecho, y todo intento de conversar o reintroducir esa esfera extrajurídica choca con el obstáculo de la juridificación progresiva de toda la actividad del Estado, con la tendencial reducción de esta al binomio legislación-ejecución” (De Otto, 2010: 1139).

Ahora bien, podría afirmarse que la integración del poder ejecutivo en un sistema constitucional, con una esencia determinada, permite tratarlo exclusivamente bajo las premisas que imponga este. En otras palabras, una vez ya se ha asumido que el poder ejecutivo es un mero órgano, su estudio tendría que darse desde esta perspectiva. Por supuesto, un análisis jurídico-positivo siempre se desplegará de este modo. Y no deja de ser cierto que, por lo general, la absorción de un concepto en un nuevo marco teórico no implica la sumisión a ese significado originario, aun cuando cuente con un

acervo bastante determinado. Siempre habrá, obviamente, una mínima conexión semántica, pero, una vez que la noción haya adquirido una significación determinada en este nuevo sistema, carecería de sentido *oponerle* la anterior. Por ejemplo, resultaría absurdo rechazar la actual configuración de la institución “patria potestad” argumentando que esta ha tenido un contenido distinto o “clásico” en otras eras.

No obstante, lo curioso y particular del poder ejecutivo es que en lo que a él respecta no se ha dado esta “sedimentación” o absorción terminológica, desde luego no el mismo grado que, por ejemplo, la noción *derecho* o *golpe de Estado*. Ello se ha debido en no poca medida a su original asunción como un elemento especialmente ajeno al pensamiento constitucionalista y que, sin embargo, debía ser integrado por este. Por ello, la interpretación originaria de la naturaleza del poder ejecutivo se ha mantenido en gran medida incólume. No es un elemento nuclear del Estado democrático, como el poder legislativo, ni del sistema constitucional, como el judicial, sino un desagradable mal menor que hay que encauzar o, en la acertada expresión de Harvey Mansfield (a cuyo trabajo debe tanto la presente comunicación) —“domar” (Mansfield, 1989). El énfasis en el control del poder ejecutivo, más que cualquier otro, parece deberse a su consideración como un elemento ajeno, con sus propios impulsos naturales de acción. Ello se debe a su esencia “instrumental”. El ejecutivo sirve para proteger la forma e identidad políticas de la comunidad, *sean cuales sean estas*, mientras que es imposible concebir al legislativo como poder propiamente dicho y autónomo sin tener en cuenta las vicisitudes del parlamentarismo.

Habiendo identificado el problema general y establecido también que lo que caracteriza a los sistemas constitucionales es la “judicialización” de sus distintos órganos, pasaremos ahora a ver cómo se ha manifestado este fenómeno en dos distintas variantes del Estado de derecho.

II. LA DOMA DEL EJECUTIVO EN EL SISTEMA PRESIDENCIALISTA ESTADOUNIDENSE Y EN EL PARLAMENTARIO ESPAÑOL

En *The Federalist Papers*, el poder ejecutivo es considerado originalmente no como un contrapeso genuinamente democrático frente a un parlamento anquilosado y preso de intereses partidistas, sino precisamente como un freno a los impulsos y desenfrenos populares que atenten contra el modelo constitucional desde el poder legislativo

(Baylin, 1993b: 136-140). E incluso se le pone a la par que el poder judicial en la tarea de bloquear dichos embates (Baylin, 1993a: 823).

Si el poder ejecutivo tiene esta función, es evidente que de forma previa debe interpretar esos actos o normas potencialmente inconstitucionales. No obstante, si dos órganos tienen potestad de interpretación, es posible que se den conflictos entre sus apreciaciones. Ello resulta especialmente problemático si no está claramente definido quién es el supremo intérprete. Las vicisitudes derivadas de ello son de un gran interés, pero este no es lugar para exponerlas en detalle¹⁷³. Nos centraremos, en cambio, en sus implicaciones más profundas.

Es inevitable que si la interpretación constitucional, ya de la Corte Suprema, ya del Presidente, se considera necesariamente (si bien no por ello única o esencialmente) una garantía contra mayoritaria, la transformación de la concepción del jefe del Estado como genuino representante democrático y popular la perturbe sobremanera. Y este es el proceso que, según Harvey Mansfield, ha sufrido sistema americano:

Publius understood executive power as a nonrepublican device intended to energize the republic and thus secure it from the weakness and division of democracies; we now see the executive as the leader who gets his strength from the democratic element and strengthens it in turn. Whereas in *The Federalist* a strong executive holds out against the people, with us his strength is with and for the people. That change is perhaps beneficial, and at any rate difficult to reverse. But the modern totalitarian use of the strong executive surely raises a fundamental doubt about the neutrality of the original concept. Should we not now reevaluate a doctrine that has escaped its constitutional or republican constraint and proved so useful to the worst enemies that liberty has ever known? (Mansfield, 1989: 279).

En sus comienzos, el poder ejecutivo habría tenido la función de recordar al pueblo que la constitución no es un mero instrumento. El ansia por alcanzar unos determinados fines, que en una democracia —se supone— son de libre determinación debe ser templada con los medios constitucionales, que son los que permiten la subsistencia de la democracia. Se trata de generar un sentimiento de “veneración” por la norma, de que la forma se vea como un fin en sí misma (Mansfield, 1989: 289). El

¹⁷³ Ver (Strauss, 1993), (Rosenfeld, 1993) y especialmente (Clarke & Epps, 2025).

peligro de la mutación de la función presidencial, entonces, es claro. El órgano que tenía por fin la protección del medio, con el objetivo de asegurar que este mismo acabe siendo considerado como un fin, acaba siendo visto como el medio para alcanzar fines mediante un “puenteo” de la constitución (Mansfield, 1989: 285).

Esta amenaza nos es perfectamente conocida en Europa. Y, no obstante, nuestras diferencias estructurales respecto a los Estados Unidos impiden una mera traslación analógica del problema.

La supremacía constitucional en el sistema estadounidense, encarnada por la *judicial review*, no ha dejado de ser una construcción, producto del (por lo general) cauto tanteo de tres poderes en perfecta simetría, que debían interpretar, cada uno por su lado, la extensión de sus competencias. En el caso español, tomado aquí como representativo del modelo parlamentario, la “judicialización” del Estado no ha sido resultado de una deducción semejante, de la lógica subyacente, de un modo más o menos implícito, a la constitución, sino que ha sido directamente establecida por esta. Tal vez a ello se deba que la dificultad teórica concerniente a la domesticación del peligroso poder ejecutivo se haya traducido en la práctica en una radical disolución de este elemento ajeno, hasta el punto de hacerlo casi superfluo. De hecho, los debates políticos y doctrinales en torno a la esencia de la democracia constitucional —al menos en la mayoría de sistemas europeos a partir de la posguerra— parecen haber consistido en una exhaustiva disección de la tensión existente entre la legitimidad democrática (parlamento) y el orden constitucional (poder judicial + Tribunal Constitucional¹⁷⁴), con el poder ejecutivo en un tercer plano tan distante que casi estaríamos tentados de aplicarle la fórmula de Montesquieu: *c’est nulle*. Y ello en la genuina significación de esta expresión¹⁷⁵: al igual que el poder judicial para Montesquieu no produce miedo, al ser otorgado al pueblo y constituido *ad hoc* cuando sea necesario, el poder ejecutivo en nuestros sistemas ha sido entregado al legislativo y/o progresivamente disuelto y petrificado en el aparato administrativo.

¹⁷⁴ En lo que sigue, emplearé un criterio metapositivo al hablar de la separación de poderes en el ordenamiento español e incluiré al TC en el judicial.

¹⁷⁵ Montesquieu emplea “nulle” acompañado de “invisible”: el poder judicial que no está institucionalizado y profesionalizado es incapaz de producir miedo en los ciudadanos. “De cette façon, la puissance de juger, si terrible parmi les hommes, n’étant attachée ni à un certain état, ni à une certaine profession, devient, pour ainsi dire, invisible et nulle. On n’a point continuellement des juges devant les yeux; et l’on craint la magistrature, et non pas les magistrats”. “Des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est en quelque façon nulle” (Montesquieu, 2024: 282) - Livre XI, ch. VI. Cfr. asimismo (Mansfield, 1989: 234, 235.).

¿Puede decirse que con esta operación se consolida la victoria del Estado de derecho? Decir que sí no parece descabellado, sobre todo si tenemos en cuenta que el poder ejecutivo solamente se presenta como intrínsecamente “no-republicano” si se toma la separación de poderes “en sí” y no se intenta armonizar en una doctrina constituyente. Podría incluso llegar a sostenerse que solo el carácter primigenio del sistema estadounidense impidió que este se estableciera con un explícito y maduro espíritu nacional-constituyente, que en cambio hubo de construirse apresurada y retroactivamente cuando la concepción de la Unión norteamericana como “pacto” amenazó con acabar con ella —ver (Lieber, 1868). Esta interpretación se hace aún más atractiva en vista de su gran potencial explicativo respecto al desarrollo del sistema parlamentario hasta el momento actual.

Originalmente, en la Constitución francesa de 1791 “les rois ne sont pas élus, et sans élection, il ne peut y avoir de représentation. Le roi n’est donc pas un représentant, c’est un fonctionnaire, un délégué de la nation” (Groethuysen, 1982 : 268). Más adelante, una vez que el poder ejecutivo ya no reside en el monarca, sino en un Consejo secretado por el poder legislativo (Constitución de 1793) ya ni siquiera puede hablarse de propiamente de representación. Es un órgano puramente instrumental. Al igual que el Parlamento, se supone que se debe a la nación y no a intereses partidistas. Por ello ha de tenerse en cuenta la diferencia entre esta postura y aquella en que

La posición del monarca se basa, pues, ante todo, en que se encuentra por encima de los partidos. Cuando el Estado se transforma, por la parlamentarización y democratización, en un Estado de partidos, se convierte en una posición especial y muy significativo. El rey recibe una posición especial en la organización de los distintos «poderes», frente al Legislativo y al Ejecutivo. Se convierte en un poder neutral, un *pouvoir neutre*, una entidad imperceptible que allana, temple y modera todas las contraposiciones y rozamientos entre las diversas actividades y funciones del Estado, un *invisible modérateur*” (Schmitt, 2019: 368).

En la teoría constituyente original, en cambio, no hay partidos y por tanto el ejecutivo —incluyendo al monarca, si lo hubiera— no tiene que mediar de ningún modo. Y mucho menos tiene que ser un contrapeso al resto de poderes. Aun si el presidente o cabeza del poder ejecutivo es elegido por sufragio directo y obtiene de esta manera su legitimidad “democrática”, ello no supone una dificultad insalvable para la doctrina republicana. Es evidente que la única manera de concebir al presidente como un poder

mediador, por encima de las mezquinas riñas partidistas, es suponer que su elección no se dará atendiendo a estos mismos intereses sectarios. El ciudadano debería hacer abstracción de sus deseos privados (canalizados en las elecciones parlamentarias) y obedecer a criterios estrictamente “estatales” o republicanos (*Wählt einen Mann, nicht eine Partei!*). Si la nación tiene unos derechos inalienables y se define por una determinada identidad (Groethuysen, 1982: 266), es evidente que incluso esta improbable elección neutral y apartidista del presidente por parte del “pueblo” deberá darse desde esta posición indisponible. Desde todos los ángulos, por tanto, el presidente y el poder ejecutivo pueden interpretarse como perfectamente republicanos, pues tanto su legitimación democrática como su posible conducta antipopular se basarían igualmente en su identificación con la substancia constitucional.

Pero una vez (debidamente) admitido el innegable hecho de que en la sociedad existen diversos sectores de intereses y de que los partidos intentarán atraerse a cuantos sea posible, tendría poco sentido esperar que el mismo gobierno que ha llegado al poder surfeando esas preferencias sectoriales actúe como “pouvoir neutre”¹⁷⁶. Y sin embargo, en cierto modo lo hace.

Es cierto que, en la actualidad, el poder ejecutivo parece poco más que un “premio” otorgado al partido o partidos que hayan logrado formar gobierno, quizás un premio de consolación, vista la indisputable victoria del elemento judicial en la lucha por la identidad del Estado constitucional¹⁷⁷. También hemos visto que en un sistema

¹⁷⁶ Por supuesto, ello está abierto a importantes matizaciones. Lo ideal sería que tanto los votantes como los partidos supieran armonizar sus reclamaciones en el interés general del Estado: “Como la sociedad civil es el lugar de la lucha entre los intereses individuales particulares de todos contra todos, tiene lugar en ella una lucha de los intereses individuales frente a los asuntos específicamente comunes y una lucha conjunta de ambos contra las órdenes y los puntos de vista superiores del Estado. Al mismo tiempo el espíritu de la asociación, que se genera cuando las esferas particulares logran su justo reconocimiento, se convierte en el espíritu del Estado al encontrar en el Estado el medio de mantener sus fines particulares. Éste es el secreto de patriotismo de los ciudadanos (Bürger), en el sentido de que reconocen al Estado como su propia sustancia, porque es el Estado quien conserva sus sectores particulares, su justificación y autoridad así como el bienestar de éstos” (Hegel, 2017: 299).

No obstante, una vez que se permite el acceso al poder ejecutivo por elección popular es fácil pervertir esta disposición y darle el cariz exactamente contrario: el partido en cuestión se presentará como defensor de la totalidad, identificando sus intereses particulares con ella. Parece más prudente no dejar de ser conscientes de la naturaleza partidista del gobierno y medir hasta qué punto es capaz de conciliar esta con la administración neutra. La única manera de medir el grado en que esto se está logrando es la atender a la conducta “presidencial y responsable” del Gobierno. Esto es, como diría Mansfield, a su *virtud*.

¹⁷⁷ No ha de establecerse una identificación absoluta de los poderes como tales con las instituciones que históricamente los han encarnado. Por ejemplo, como señala De Otto “la evolución del parlamentarismo [confirma el] desplazamiento del centro de dirección [política] desde el Parlamento hacia el Gobierno” (2010: 1143). Pero esto no se debe a una “victoria” del poder ejecutivo, sino en todo lo contrario. Es el legislativo —como poder— el que acaba acaparando ambos órganos, Parlamento y Gobierno.

constitucional este poder se encuentra desdentado por el supremo intérprete de la constitución y osificado en el aparato administrativo. Ante estas murallas, parece normal que se repliegue sobre sí mismo y dirija sus energías al campo legislativo. El ejecutivo es el premio que permite a la mayoría funcional —representante de unos determinados intereses— utilizarlo contra sus fracasados competidores. En este sentido es poco más, en esencia, que un poder legislativo dopado. Ahora bien, no es *solamente* esto. Pues, además de representar a sus electores, está a cargo del aparato estatal. Esto significa que la merecida persecución de sus objetivos particulares en detrimento del resto de partidos —es decir, de aquellas partes de la sociedad que no hayan confiado en él— no debe entrar en conflicto con sus funciones “neutrales”. Y el tribunal constitucional debe encargarse de que en aquellas decisiones puramente administrativas o estatales que tome el Gobierno, este no haya confundido sus intereses sociales o partidistas con los de todo el país. Esta parece ser la situación actual de nuestro sistema y de la mayoría de países de nuestro entorno.

La judicialización o, como diría De Otto, juridificación de los sistemas políticos constitucionales es vista, por supuesto, como un triunfo del Estado de derecho. Y, no obstante, es posible que este repliegue del poder ejecutivo tenga consecuencias problemáticas. Al fin y al cabo, que algo no se vea o haya sido opacado o neutralizado no quiere decir que sea irrelevante. De hecho, al no tenerlo en vista, es posible que esté actuando en modos que no son evidentes. Y ello se refleja con especial claridad en la compleja relación entre los fines y los medios, la materia y la forma, del sistema político.

III. FINES Y MEDIOS DEL ESTADO EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Una vez afirmada la supremacía del tribunal constitucional como culmen del Estado de derecho, ha de plantearse la cuestión de qué criterios interpretativos debe emplear. Según Ignacio De Otto, la propia juridificación del poder político implica que estos deben surgir de una teoría autónoma, plegada a la normatividad de la Constitución:

“De la mayor parte de [teorías de interpretación constitucional alemanas] resulta una fuerte tendencia a la destrucción de la normatividad de la Constitución, que es substituida por el análisis de la realidad, de modo que el principio de que esta se acomode a la norma tiende a transformarse en su contrario. La Constitución no se

interpreta como algo dado sino como algo por hacer, y en concreto como algo a hacer a partir del caso [...] / Estas deficiencias no pueden ser suplidas por otro método de interpretación, sino ante todo por una teoría de la constitución que sirva como criterio de interpretación, que proporcione puntos de vista orientadores y estructuras dogmáticas. Mientras falta tal construcción teórica los diversos métodos de interpretación seguirán siendo otros tantos elementos de indeterminación de la norma” (De Otto, 2010: 1171)

Bajo esta perspectiva, que aquí comparto plenamente, no caben alternativas como una doctrina originalista o, sobre todo, una interpretación evolucionista. Esta última podemos entenderla, de hecho, como una compensación otorgada a la sociedad a cambio de la indisponibilidad de la norma suprema, al igual que la absorción del poder ejecutivo en el legislativo es premio de consolación por el terreno cedido a la justicia constitucional¹⁷⁸. Pero su mecanismo implica una inversión de los términos: esta gracia concedida “al pueblo” no solo merma directamente la identidad constitucional, sino que, de manera quizás más peligrosa aún, asume como punto de partida la oposición entre la norma y la sociedad. En cada momento de su aplicación, en cada concesión supuestamente encaminada a acercarlas, no hace más que reflejar más claramente la distancia entre ellas.

Sin embargo, De Otto no plantea su postura en términos de puro método, sino que la presenta como dimanante de un principio aún más básico: “la moderna ciencia del Derecho se opone a la posibilidad de un Derecho Político no por basarse en un

¹⁷⁸ Véase (Balaguer Callejón, 2022 :132): “La afirmación, en un plano meramente teórico, de que el mayor grado de certeza jurídica acerca del sentido de una norma solo lo puede dar quien la crea no obvia, sin embargo, que la mayor objeción al originalismo la constituye la evolución, no solo social, sino jurídica. La vida política y jurídica de los EE. UU. ha evolucionado tanto como para que, si los jueces siguen aferrados a la interpretación originalista, sean contra mayoritarios El principal problema del originalismo se centra, por tanto, en la imposibilidad de la interpretación actual de una norma anterior, por el cambio social, que se ignora por los originalistas. Si la sociedad no es la misma, la Constitución tampoco es insensible a esos cambios, luego el objeto de la interpretación es de manera evidente otro, tanto porque el contenido semántico varía, como porque la sociedad sobre la que se vierte la interpretación no es tampoco la misma. Por esta sola razón, el originalismo es conceptualmente imposible, ya que intenta detener el transcurso del tiempo evitando los cambios sociales que plantean situaciones que, a su vez, imponen nuevas soluciones a problemas jurídicos nuevos”.

Más allá de todas las dificultades que puede presentar una doctrina como el originalismo, cabe señalar que la “detención en el tiempo” que lo caracteriza se refiere únicamente a la identidad constitucional. Si su labor consiste en defender esta, el que los jueces sean contramayoritarios no es un defecto, sino una simple constatación de un momento de crisis constitucional. Cosa muy distinta es que la interpretación defendida por ellos como “original” sea verosímil. De hecho, en ocasiones una interpretación “originalista” es, en realidad, evolutiva, dado que reinterpreta el pasado de acuerdo con los prejuicios del presente, p.e. *Dred Scott*.

concepto liberal-individual del Derecho, momento lógico-histórico [...], sino porque su sistema categorial en general es contrario a la penetración de la idea de fin” (De Otto, 2010 : 501). Es decir, para De Otto la tensión entre la forma y materia del sistema constitucional en un binomio: “Si la Constitución ha de ser considerada como tal en virtud de ciertas características formales todas las normas que contiene, también las relativas a los fines, han de ser interpretadas sobre esa misma base. Si, por el contrario, la Constitución se define con criterios materiales, la forma constitucional aparecerá como un accidente, de modo que los fines serán constitucionales la margen de que estén o no estén formalizados y con independencia de tal formalización” (De Otto, 2010 : 534).

Si bien no deja de insistir en que este esquema es válido siempre y cuando se esté intentando hacer *ciencia jurídica constitucional*, si bien deja abierta la puerta a efectuar otras valoraciones desde distintos campos como la sociología o la ciencia política, tampoco deja duda sobre la perspectiva exclusivamente jurídica: solo la dogmática y la teoría constitucional pura son capaces de proveer criterios para la recta y objetiva labor interpretativa del Tribunal Constitucional.

Pero aun dando por supuesto que este será capaz de plegarse completamente a la forma de la Constitución, sin tomar en cuenta cualesquiera otros fines, se presenta otra pregunta: ¿acaso se agota la substancia de un Estado en la perspectiva de su órgano supremo de interpretación? Si fuera realmente así, se hace difícil pensar que la Unión estadounidense, por ejemplo, hubiera sobrevivido a la Guerra de Secesión. Al fin y al cabo, la cuestión por la que supuestamente se libró la guerra —la esclavitud— ya había sido zanjada por una sentencia de la Corte Suprema, en ejercicio de su *judicial review*. Esto es, los fines políticos se habían resuelto en los medios jurídicos. Si la defensa del núcleo constitucional, frente a la parcialidad social del legislativo y el ejecutivo, queda exclusivamente concentrada en el poder judicial, en caso de conflicto abierto entre dos fuerzas sociales sería natural esperar que ninguna de ellas se proclame representante y defensora del orden constitucional. Una vez tomada la vía de la violencia, la tentación será demasiado grande como para querer volver al orden anterior. En otras palabras, la completa absorción de los fines políticos en los medios jurídicos podría llevar a una extrema rigidez susceptible de quebrarse sin remedio.

No obstante, si el poder ejecutivo tiene su propia (aunque limitada) autonomía en la interpretación y defensa de la Constitución, tendrá también la libertad de decidir que

los medios constitucionales son un fin en sí mismos, aun a costa de sus intereses particulares y sociales. Y solo hace falta pensar en Lincoln para constatar el inmenso valor que un sacrificio de este tipo puede tener para fortalecer durante generaciones el respeto a la Constitución.

En cambio, bajo el esquema de De Otto —que parece el único aceptable en el sistema constitucional parlamentario —el tribunal constitucional, el poder judicial en general, es incapaz de generar en los ciudadanos una veneración por la Constitución. Y ello es porque se ha hecho, al contrario de lo que pretendía Montesquieu, extremadamente conspicuo. Él es mismo se acaba identificando con la Constitución. Su independencia, que garantiza la protección de esta, los aliena a él y a la propia norma de la ciudadanía. En cambio, en un sistema presidencialista es el ejecutivo el que, decidiendo adherirse a la Constitución en un momento de crisis, genera el mayor respeto por ella. La veneración por la Constitución se manifiesta más clara y poderosamente en la consciente y voluntaria sumisión a ella de un poder que, por su naturaleza, parece serle antitético. Pero una vez que el ejecutivo se ha convertido en un instrumento del poder legislativo, definido por su búsqueda de los fines sectoriales, la intrínseca dificultad de este proceso se ha incrementado en nuestros sistemas.

Llegados a este punto parece que la opción está entre un modelo rígido y seguro, en el que la ruptura, una vez producida, sería irremediable, y otro más flexible, imprevisible, pero con mayor facilidad para generar una veneración constitucional. Sea como fuere, la situación actual de ambos, desde luego, no permite decantarse definitivamente por ninguno de ellos como el incuestionablemente superior.

A esto se le suman dos dificultades propias de nuestro particular ordenamiento jurídico. Por un lado, nos suena inevitablemente extraño, incluso ridículo, *venerar* la CE 1978. Y no solo porque sea un documento relativamente reciente en términos históricos. De hecho, tenemos que preguntarnos si no somos los constitucionalistas los que tenemos cierta responsabilidad por esta impotencia.

Una de las señas de nuestra norma que se resaltan con más orgullo es su origen en el consenso, en el acuerdo razonado de variadas fuerzas políticas, en la reconciliación. Tanto es así que este hecho es el que se esgrime como principal defensa ante la amenaza de ruptura por parte de grupos descontentos. Pero ¿no supone esto trasladar la cuestión, peligrosamente, al terreno de los histórico? ¿No fundamenta la legitimidad

de la Constitución en unas circunstancias concretas que podrían dejar de darse? ¿No es una especie de teoría de pacto social?

Otro aspecto que dificulta desarrollar una actitud reverencial por de la Constitución de 1978 es que carece de mito fundador. O como mínimo podría decirse que su mito es no tener mito. Su origen es tan aparentemente vívido que no se requiere una gran narrativa que ancle su legitimidad. Los hechos de su creación fueron los que fueron. Dicho de otro modo, es una norma suprema “para adultos”: parece que está en su propia naturaleza el negarse a ser adorada como un ídolo. Y, no obstante, llegará inevitablemente un punto —tal vez ya estemos en él— en que esta perspectiva adulta no será suficiente. Una ciudadanía no puede afrontar su presente y su futuro con la única garantía del pasado. El pozo de la Transición se está secando.

La ciudadanía debe sentir que forma parte de ese proceso por el que se llega a venerar la Constitución, que su decisión de adherirse a ella se da con la misma libertad con la que esta fue creada en su momento. Mucho me temo que la actual distribución de los poderes tal como ha sido descrita en estas páginas no es motivo de esperanza en este sentido. Por mucho que el ejecutivo actúe diligente y responsablemente para proteger el sistema llegado el momento, su ser está tan irremediabilmente asociado a su procedencia parlamentaria y partidista, a su defensa de unos intereses sociales particulares e infraestatales, que con toda probabilidad su conducta se acabará achacando a estos. Se considerará la acción de tal o cual gobierno, no del Estado.

A esto se suma una segunda dificultad, que sin embargo no puede predicarse exclusivamente de nuestro sistema. Hasta el momento he dejado de lado un elemento de gran importancia y sobre el que Mansfield, en su ensayo, insiste: la ambición del ejecutivo y sus deseos de diferenciarse:

“...the executive has been professionalized. Professionalized means collectivized. Today’s executive is so packaged by consultants and confined by bureaucracy that he yearns atavistically to do something on his own, by himself. That is the Macquiavelli in him. He wants to be alone —if he is president, on the Summit. At the Summit, a president is on top because he is alone and alone because he is on top. In other words, it is a delusion to confuse loneliness with singularity and singularity with excellence [...] But if there is one clear result of our study, is that the perceived need for executive power constitutes an admission of the need of virtue. All authorities on the topic confirm that no law or system can actually ensure the behavior it summons without

depending on an executive who is at least in part outside the law and not explained by the system. Whatever is not self-executing is in the real of virtue” (Mansfield, 1989 : 297).

El poder ejecutivo no encuentra el modo de destacarse en el interior del sistema. Todo lo que haga —bien o mal— en sus funciones será interpretado como algo derivado de su naturaleza en realidad legislativa y partidista, que, como hemos dicho, es la única salida que parece tener su energía frente a las inhibiciones forzadas por el aparato administrativo “neutro” y la supervisión judicial constitucional. No obstante, hay otra vía por la que liberar su potencial. La política exterior se presenta aquí como un campo amplísimo en que un ejecutivo inquieto buscará el modo de singularizarse. Puede que sea el único modo que tenga, en nuestra situación, de elevarse por encima de los vulgares propósitos partidistas a los que indudablemente se debe.

En otras palabras, la virtud o vileza de nuestro ejecutivo *como tal* —no como cabeza del legislativo, no como jefe de un partido político, no como impostor que busca su provecho personal— solo parece encontrar la oportunidad de desplegarse más allá de las fronteras de nuestro ordenamiento jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

BALAGUER CALLEJÓN, M.L. (2022): *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, CEPC, Madrid

BAYLIN, B. (ed.) (1993). *The Debate on the Constitution: Federalist and Anti-federalist Speeches, Articles and Letters During the Struggle over Ratification. Part One: September 1787 to February 1788*. Nueva York, Library of America (a).

—(1993). *The Debate on the Constitution: Federalist and Anti-federalist Speeches, Articles and Letters During the Struggle over Ratification. Part Two: January to August 1788*. Nueva York, Library of America (b).

CLARKE, C. & EPPS, D. (2025). The Practice of Executive Constitutionalism, *Virginia Law Review*, Vol. 111, N. 8, pp.1531-1604.

GROETHUYSEN, B. (1982). *Philosophie de la Révolution française précédé de Montesquieu*, Gallimard, París.

HEGEL, G.W.F. (2017). *Fundamentos de la Filosofía del Derecho o Compendio de Derecho Natural y Ciencia Política*, Tecnos, Madrid.

- LIEBER, F. (1868). *Fragments of Political Science on Nationalism and Internationalism*, Charles Scribner & Co., Nueva York. En <https://archive.org/details/fragmentspoliti00liebgoog>
- MANSFIELD, H. (1989). *Taming the Prince: The Ambivalence of Modern Executive Power*, The Free Press, Nueva York.
- MONTESQUIEU (2024). *De l'Esprit des lois*, Gallimard, París.
- DE OTTO, I. (2010). *Obras completas*, Universidad de Oviedo, Oviedo.
- RICHARDS, J. T. (1999). *Abraham Lincoln. The Lawyer Statesman*, The Lawbook Exchange, Nueva Jersey.
- ROSENFELD, M. (1993). Executive Autonomy, Judicial Authority and the Rule of Law: Reflections on Constitutional Interpretation and the Separation of Powers, *Cardozo Law*, Vol. 15, Ns. 1 y 2, pp. 137-174.
- SCHMITT, C. (2019): *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid.
- & KELSEN, H. (2019): *La polémica Schmitt / Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid.
- STRAUSS, D. A. (1993). Presidential Interpretation of the Constitution, *Cardozo Law Review*, Vol.15, pp. 113-136.
- WIDMER, T. (ed.) (2006). *American Speeches: Political Oratory from the Revolution to the Civil War*, Library of America, Nueva York.
- ZANE, J. M. (2003). *Lincoln: The Constitutional Lawyer*, The Lawbook Exchange, Nueva Jersey.

5. EL FUTURO DE NUESTRA CONSTITUCIÓN: ANÁLISIS Y FUTUROS RETOS

Pablo Javier Pendás Prieto
Profesor del CES Cardenal Cisneros
Letrado de las Cortes Generales

ÍNDICE: 1. Constitución de 1978: balance general 2. ¿Crisis de nuestro Estado de Derecho? 3. Aspectos a mejorar 4. Conclusión

RESUMEN: Los cuarenta y ocho años transcurridos desde la aprobación de la Constitución de 1978 demuestran su fortaleza y el enorme acierto de quienes la promovieron. Nada muestra mejor el éxito de una Carta Magna que su resiliencia. Sin embargo y, como es lógico, las enormes transformaciones políticas, sociales y económicas hacen que la Constitución deba ser adaptada (mediante el debido consenso) en algunos aspectos. Al mismo tiempo, es necesario corregir con urgencia ciertos deterioros de los últimos años que deben ser puestos de manifiesto por quienes participamos activamente en los poderes del Estado.

1. Constitución de 1978: balance general

La mejor Constitución de la historia de España también es la más longeva. Así lo proclamó el rey Felipe VI en una sesión conjunta de las Cortes Generales el pasado diecisiete de febrero, que seguimos con orgullo quienes dedicamos nuestra vida profesional a la defensa de la España constitucional. La primera Constitución fruto del consenso de los españoles supone, no se oculta, la clave de semejante longevidad. Mucho se ha escrito sobre la necesidad de reformarla, sobre su presunta falta de adaptación a nuevas circunstancias y su poca concreción respecto de la organización territorial del Estado. Sin embargo, estas críticas merecen poca consideración sencillamente porque nadie se ha acercado ni remotamente a la hora de proponer una alternativa razonable a nuestra Carta Magna. Sus (supuestas) alternativas son sectarias, sin vocación alguna de consenso, ideologizadas y basadas en unos prejuicios tan manifiestos que no pueden siquiera aspirar con seriedad a suplantar al sistema político actual. Por ello han de ser abiertamente rechazadas. No en vano nacen del mayor error de nuestro constitucionalismo histórico: su nula vocación de integración

y su clara ideologización, que han convertido los experimentos constitucionales anteriores (con mejores o peores intenciones) en Constituciones de parte, desfasadas y claramente hostiles a los cambios políticos y, por tanto, inservibles en el momento en el que cambia el gobierno bajo el que fueron auspiciadas.

Este permanente déficit de nuestro constitucionalismo histórico se puso de manifiesto desde sus inicios. En efecto, la gran aportación española a los orígenes del Estado Constitucional, la Constitución de 1812, redactada en aquel *Cádiz de las Cortes* tan bien imaginado por Ramón Solís, supone la superación del Antiguo Régimen y la implantación de la soberanía nacional, un salto histórico e ideológico imposible de negar. Sin embargo, no tuvo (ni pudo tener) en cuenta a esa España más tradicional y tan protagonista en la lucha contra Napoleón. Lo mismo podemos decir de la Constitución republicana de 1931, auspiciada y apoyada con el abrumador entusiasmo intelectual de la edad de plata de la cultura española. Sin embargo, el ya famoso *¡No es esto, no es esto!* de Ortega (apenas unos pocos meses después de su entrada en vigor) refleja el rápido desencanto con la deriva radical y excluyente de un régimen republicano incapaz de asumir la victoria electoral de la oposición en 1933.

Aunque para una democracia plena del siglo XXI resultan inasumibles los mecanismos y fraudes electorales que la hicieron posible, lo cierto es que solamente la Constitución de la Restauración de 1876 garantizó una estabilidad comparable tanto por su duración de casi medio siglo como por su probada capacidad de asumir gobiernos de distinta ideología si bien (no debe olvidarse) de acuerdo en lo esencial como ocurre ahora. Una frescura que la Constitución perdió con la muerte sucesiva de sus principales artífices a finales del siglo XIX, si bien capaz aún de colmar las expectativas de la siguiente generación hasta el final de la Primera Guerra Mundial.

Nuestra Constitución cumple cuarenta y ocho años en mejor forma de la que aparenta. ¿Lo mejor? Sin lugar a dudas, una Monarquía parlamentaria que se adapta como ninguna otra institución del estado a los tiempos actuales, ejemplo del mejor cumplimiento de sus funciones constitucionales. Siempre está donde se la espera y siempre en el momento oportuno, ha sabido consolidar una presencia constante entre los ciudadanos y en la política exterior española a base de buen hacer, compromiso y eficacia. El carácter exhaustivo de sus funciones recogidas en el mismo Título II de la Constitución y una práctica en su desempeño muy consolidada y elogiada por (casi) todos hacen innecesaria un desarrollo legislativo a través de una ley de la Corona que

seguramente aportaría poca claridad en la práctica y abriría debates innecesarios. Goza además la Corona de una gran legitimidad social, una legitimidad tal vez difusa y no jurídica, pero de enorme importancia. En efecto, la autoridad es un poder que es aceptado por los miembros de la comunidad y este poder es legítimo precisamente porque encuentra esta aceptación social. Nuestra mejor literatura clásica ofrece abundantes ejemplos de ello en obras como *El alcalde de Zalamea* de Calderón, en la que el Rey es símbolo de justicia y protector de las clases populares frente a la arbitrariedad y el abuso de los nobles.

El sistema electoral es otra de las grandes virtudes de la Constitución en su concepción y funcionamiento práctico. Las decisiones políticas fundamentales cuentan hoy con el respaldo necesario: la provincia como circunscripción electoral y un mínimo de diputados por provincia que trata de atenuar una despoblación que se configura como una seria amenaza para la vertebración territorial de la España de las próximas décadas. Sin negar lo evidente (un diputado en Soria o Teruel cuesta muchos menos votos que uno en Madrid o Barcelona), costaría defender hoy una distribución de escaños exclusivamente basada en la población ya que ello provocaría desequilibrios todavía mayores en favor de unas provincias ya favorecidas política y económicamente al tiempo que podría incluso, en los casos más extremos, privar de representación a las menos pobladas. Como demuestra el Senado de Estados Unidos, los mecanismos correctores, aunque actúen en detrimento de la estricta representatividad del sistema electoral resultan esenciales para mantener una razonable representación electoral de todos los territorios.

Por lo demás, cualquier ciudadano responsable que haya participado en sucesivos procesos electorales conoce la realidad envidiable de nuestro sistema: facilidad y claridad en el proceso, fluidez en la jornada electoral y transparencia y rapidez en los resultados.

Finalmente y no suficientemente mencionada, el Título I (nuestro particular *Bill of Rights*) no solo ha resistido magníficamente el paso del tiempo, anticipando diversas preocupaciones sociales más propias de nuestro tiempo que de la época de su redacción (cultura, medio ambiente) sino que ha sido desarrollada con responsabilidad por un legislador consciente de la importancia de amplias mayorías cuando hablamos de derechos fundamentales y bien enmarcado por un Tribunal

Constitucional que ha tenido sus momentos más lúcidos en sus sentencias sobre los límites de los derechos recogidos en la Carta Magna.

¿Lo peor? Desde luego no directamente imputable al Título VIII, el eterno dilema territorial que provoca que desde hace generaciones los españoles perdamos nuestras mejores energías intelectuales en tratar de superar unos nacionalismos periféricos aldeanos, estrechos de miras y profundamente intolerantes con quienes no comparten su fanatismo. El necesario acuerdo se demostró imposible y el resultado de ello son unas listas de presuntas competencias exclusivas, concurrentes y ámbitos competenciales confusos que generan más incertidumbre y que tuvieron su continuación en la creación de un sistema de autonomías con duplicidades inexplicables que produce un número excesivo de funcionarios y cargos públicos y hartazgo en una ciudadanía que observa perpleja como las administraciones disputan entre ellas cuando más necesarias son para los ciudadanos como se ha puesto de manifiesto en las respuestas a la crisis de la DANA o en los incendios forestales del pasado verano.

2. ¿Crisis de nuestro Estado de Derecho?

Las anteriores consideraciones nos llevan al debate sobre la crisis del Estado de Derecho.

¿Existe realmente dicha crisis? Antes de abordar el debate, es preciso hacer dos consideraciones esenciales.

En primer lugar, la *crisis del Estado de derecho* es uno de los tópicos más recurrentes del derecho constitucional. El autoescrutinio crítico y siempre exigente es una de las señas de identidad de cualquier democracia que se precie. La lectura de columnas de opinión y artículos especializados llevarían a cualquier analista a concluir que la crisis es de profundo calado. Este *animus* es la actitud necesaria para mejorar unos sistemas en los que todos participamos, todos exigimos y todos vemos señales desalentadoras. Sin embargo, este estado de ánimo es siempre propio de la oposición y desaparece repentinamente cuando hay un cambio de gobierno. Los mensajes fatalistas se trasladan al otro lado del espectro ideológico. Por suerte o por desgracia, la sociedad moderna carece de lo que Braudel llamaba *longue dure*, esa tan necesaria capacidad de analizar los hechos con perspectiva histórica. Víctimas de una coyuntura determinada y de asuntos cuyo interés mediático apenas resiste unos días (este año,

sin ir más lejos, Venezuela, Adamuz, Irán, sucesivas elecciones autonómicas), no hacemos sino analizar noticias del día sin contextualizarlas y predicar futuras catástrofes (con mayor o menor fundamento).

La democracia constitucional necesita de este constante escrutinio para poder llamarse así y es que, con un gobierno con ideas contrarias a las nuestras, todo parece irse a pique. En las autocracias, sin embargo, todo es monocolor y los súbditos se arremolinan alrededor del líder cuyas medidas van siempre en la buena dirección. La guerra de Ucrania es naturalmente “respaldada” por el 90 % de la población rusa, como nos informan las encuestas; los planes económicos de Xi Jinping gozan del pleno respaldo de los chinos y, naturalmente, ningún norcoreano se opondría a los sabios designios del Querido Líder.

Por todo ello (nos tememos aunque lo celebramos), el Estado de Derecho está *destinado a la crisis permanente*.

En segundo lugar, nuestro país no es una isla y, en último término, la evolución de nuestro sistema constitucional dependerá de la evolución política (y geopolítica) de la Unión Europea. Constatamos que no ha habido una sustancial reducción de los estados democráticos a nivel mundial: todas las naciones consideradas democráticas después de la Segunda Guerra Mundial siguen siéndolo a día de hoy y lo mismo puede decirse de las autocracias, con la notoria excepción del este de Europa tras la disolución de la Unión Soviética. Sin embargo, a todas luces el *fin de la historia* de Fukuyama, fundamentado en un supuesto triunfo universal de la democracia capitalista, demostró ser un diagnóstico precipitado. Asistimos a una pérdida de peso relativo de las potencias occidentales y a un ascenso (también relativo) de China y de otras autocracias. Es preocupante, a su vez, que algunos países de tradición democrática como Turquía o India muestren signos de crisis por la presencia de *hombres fuertes* largo tiempo instalados en el poder. Con todo, no hay etapa histórica en la que una sola forma de organización política se imponga unánimemente y la existencia de múltiples formas de gobierno ha sido siempre la norma. No debemos, pues, hacernos ilusiones desde Europa: hay muchos países como Singapur, Emiratos Árabes, Arabia Saudí o, por supuesto, China donde una organización estrictamente vertical con funcionarios especializados (lo que se ha denominado *tecnoautoritarismo*) es percibida como más eficaz y acorde a las estructuras tribales (en el caso de los países árabes) o sociales (en caso de China) que una democracia de estilo occidental. Más

aún, en lugares fuertemente dominados por una división religiosa muy marcada (los casos de Irak y Siria son elocuentes), la celebración de elecciones no hace sino balcanizar la sociedad en múltiples microsociedades, enfrentadas entre sí, lo que no ocurre bajo un autoritarismo más vertical que incluya a todas las confesiones sin favorecer a ninguna en particular. No hay más remedio que asumir que la cultura laica occidental que separa política y religión resulta indispensable para el funcionamiento de la democracia. De no darse esta concepción, la democracia que queremos expandir a ciertos países sencillamente carece de sentido.

3. Aspectos a mejorar

Asumiendo, pues, esta *crisis permanente* del estado de derecho, procedemos a continuación a examinar algunas tendencias preocupantes de los últimos años que, de no corregirse o aminorarse, podrían provocar un serio deterioro de nuestro Estado constitucional. Desde luego, proponemos nuestra propia lista de mejoras en los asuntos más trascendentes, sin ningún ánimo de exhaustividad.

- Listas cerradas y bloqueadas: Asumimos, desde luego, la mejor intención del legislador en este asunto (como en todos, faltaría más). Desde luego, permiten una organización mucho más simple y reducen al mínimo los votos nulos en nuestros procesos electorales. Incluso podríamos admitir que la partitocracia tan fuerte que existe en nuestro país (se vota el partido sin importar el candidato) está en perfecta consonancia con las propias preferencias de los españoles. Sin embargo, las listas cerradas y bloqueadas impiden la valoración del mérito por parte del ciudadano, dan un poder asfixiante a los órganos de dirección de cada partido y provocan efectos corrosivos en la mentalidad ciudadana que solo lee siglas sin valorar los nombres. En tiempos de polarización, estos defectos empeoran drásticamente y provocan *de facto* la irrelevancia de los candidatos de cada partido. Más aún, los efectos de las listas cerradas van más allá del proceso electoral y se trasladan al parlamento electo. El diputado o senador *uti singuli* carece de la más elemental libertad de voto, actuando mecánicamente durante la votación en función de las indicaciones del portavoz del grupo. Por desgracia, no valoramos suficientemente la iniciativa individual lo que nos impide ver la corrosión que producen las listas cerradas y bloqueadas y ello provoca que cualquier ruptura de la disciplina de voto sea estigmatizada como transfuguismo,

como si la prohibición del mandato imperativo no significase precisamente la lealtad del representante únicamente con los ciudadanos y no con la organización a la que pertenece.

- Ausencia de Presupuestos Generales del Estado: Insistir en lo evidente debería no ser necesario, sin embargo, se ha demostrado esencial. El artículo 134 de nuestra Constitución establece una obligación para el Gobierno, que debe elaborar anualmente los presupuestos, con la totalidad de los gastos e ingresos públicos. Insensato habría sido no prever la figura de la prórroga para casos concretos y justificados, pero asumir a partir de esa (sensata) previsión que la Constitución admite tácitamente la no presentación de los PGE precisamente por la previsión de su prórroga es disparatado. El único hecho tangible que permite a los ciudadanos conocer cuáles son las prioridades del gobierno no son ni las declaraciones de sus miembros ni tampoco, por desgracia, el programa electoral. Son precisamente los presupuestos los que demuestran estas prioridades, lo que supone hurtar a los ciudadanos de la información más elemental sobre el destino de sus impuestos. Peor aún: las Cortes Generales tampoco pueden ejercer una función presupuestaria prevista en el artículo 66 de la Carta Magna como una de las tres que definen el núcleo esencial de competencias de cualquier poder legislativo: función legislativa, presupuestaria y de control. Lo más grave, sin embargo, es la banalización que hace el ejecutivo sobre el hecho de que no haya podido aprobar ningún presupuesto, abriendo la puerta (me temo) a que otros gobiernos en el futuro lo repitan y todo ello por puro interés coyuntural. En este asunto no caben posiciones intermedias y, por ello, es muy de agradecer la presentación del conflicto de atribuciones por parte del Senado ante el TC por la no presentación de los presupuestos de 2026.

- Politización de la justicia y del alto funcionariado: Existe una percepción generalizada acerca de la politización de la justicia en España. Dicha percepción no es nueva ni tampoco exclusiva de nuestro país y, además, es seguramente injusta: todos los días miles de jueces y magistrados dictan resoluciones fundadas en derecho con el mayor rigor jurídico y basándose exclusivamente en el respeto al imperio de la ley. Esta es la realidad de la abrumadora mayoría de la profesión judicial a pesar de la imperiosa necesidad de mayor celeridad debida a sus escasos medios. Sin embargo, en esta

democracia del siglo XXI (*videocracia* diría Sartori) importa bastante más la percepción que la realidad (a menudo mucho más anodina y más difícil de vender en los medios). Así, al igual que la ínfima calidad de algunos ministros lleva a los ciudadanos a juzgar al resto de políticos por estos casos aislados, a veces determinadas cuestiones muy concretas de las altas instancias judiciales llevan a una percepción generalizada de politización. Los medios generalistas y el ciudadano que solo se informa con grandes titulares todo lo mezclan: el sistema de elección politizado de los miembros del CGPJ por su elección parlamentaria, la falta de independencia del Fiscal General del Estado por su dependencia del ejecutivo, los previsibles resultados de las votaciones del Tribunal Constitucional en función de la adscripción ideológica de cada magistrado, señalada sin ningún pudor (y, en muchas ocasiones, sin ningún conocimiento) por los medios afines o contrarios según el caso concreto. Aun admitiendo la urgencia de solucionar lo anteriormente mencionado, creo esencial insistir en algo de la máxima relevancia: el Estado de Derecho no solo son normas, garantías, procedimientos y limitación de poderes. El Estado de derecho es una **actitud**. No tendrá ninguna importancia de quien dependa la Fiscalía ni el sistema de elección de los jueces si quienes ejercen esa noble profesión deciden dejar de ser independientes. Constato esto como Letrado de las Cortes Generales ya que, lamentablemente, la percepción de independencia de la judicatura no es la única que se ha visto menoscabada por las irresponsables actuaciones de unos pocos. Los mecanismos para garantizar la independencia e imparcialidad están ahí, sin embargo, serán vanos si se toman decisiones individuales y deliberadas consecuencia de estrictos cálculos políticos. Es un examen de conciencia que debemos hacer todos como garantes de un Estado eficaz e imparcial por encima de cualquier consideración política. El mal llamado *Estado profundo* no bloquea la realización de proyectos políticos concretos sino que supone en el mejor de los casos un control que evita la politización absoluta de lo público.

- Calidad de los representantes públicos: Los españoles señalan en las encuestas que la calidad de nuestros dirigentes son una de sus principales preocupaciones. Semejante situación debería llevar a una seria reflexión acerca de las condiciones en las que actualmente se ejerce la política. Cabría preguntarse (aunque cueste hacerlo y mucho más decirlo en el populismo imperante en el que vivimos) si los representantes políticos tienen unas condiciones económicas que hagan deseable el desempeño de

una labor tan relevante ya que la diferencia con el sector privado es muchas veces demasiada como para lograr atraer a los mejores. Solo cabe lamentarlo ya que perdemos todos y solo cabe constatar la ínfima calidad de algunos representantes de este gobierno (aunque no solo), corrompidos con facilidad por su propia banalidad y una adecuación escandalosamente baja para el desempeño de su función. Son funcionarios de la política cuyo único objetivo es la permanencia en el cargo (o escaño) ante cualquier otra perspectiva profesional. A esta falta de atractivo de la política como vocación se une la exposición de la vida personal (y, en ocasiones, familiar) a la ira del ciudadano como no había ocurrido nunca. Todo lo cual nos lleva a una inversión fatal del problema: la política no solo no atrae a los mejores, sino que a ella llegan, a menudo, los peores.

Ello se pone de manifiesto en la tristemente famosa Ley 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña. Las razones de la inconstitucionalidad de la norma ya han sido suficientemente reseñadas por otros. Sin embargo, tal vez lo peor es la justificación sibilina apelando al interés general cuando la única causa de la adopción de la medida es un interés particular de un candidato a la presidencia para obtener su investidura. La pasada oposición del propio jefe del ejecutivo a la adopción de esta misma medida en un momento político anterior no hace sino reseñar la carencia de rumbo más allá de garantizar la supervivencia política propia.

- Crisis parlamentaria: Si la Corona y las fuerzas de seguridad suelen ser bien valoradas por los ciudadanos, que desconfían del gobierno y de los tribunales, el Congreso de los Diputados y del Senado merecen una particular reprobación. Las Cortes Generales siempre salen malparadas en términos de confianza ciudadana. Ello se debe, solo en parte, a que su complejo funcionamiento y sus órganos internos son mal comprendidos y peor explicados a la ciudadanía, frente a un poder ejecutivo mucho más sencillo en su estructura y eficaz en sus decisiones. Podemos señalar como virtud de la presente legislatura una paradójica revitalización del poder legislativo, aunque sea debido a razones coyunturales (inestabilidad de la mayoría gubernamental en el Congreso y mayoría de la oposición en el Senado). No sabe, sin embargo, negarlo: el Congreso ha rechazado la convalidación de un elevado número de Decretos lo que demuestra una cierta autonomía parlamentaria frente al ejecutivo. En nuestro país, estamos tan

habitados a que el Parlamento refleje nítidamente al Gobierno que el solo hecho de que el Congreso rechace la convalidación de un decreto o la aprobación un proyecto de ley lleva a muchos a pedir la dimisión del gobierno. Como si nadie entendiera que el Parlamento es un poder autónomo, la sorpresa reiterada cada vez que el gobierno pierde una votación revela una alarmante falta de cultura parlamentaria entre nosotros. Más aún, el Senado efectúa una muy necesaria oposición al gobierno y al propio Congreso revelando esta legislatura su gran utilidad en el procedimiento legislativo y una encomiable labor de control al gobierno a través de la presentación de varios conflictos de atribuciones en defensa de sus competencias. Solo cabe, en fin, elogiar la gran labor del equipo dirigente que ha revitalizado la Cámara Alta como nunca desde la aprobación de la Constitución.

Lo anterior no obsta para que la vida parlamentaria necesite una revitalización urgente. Ello es inevitable consecuencia de los nuevos tiempos en los que la *función deliberativa* de las Cámaras ha sido sustraída a la misma por los medios de comunicación. En efecto, lo que ocurre en los debates parlamentarios es lo que los medios dicen que ocurre

y siempre dan prioridad a los agrios enfrentamientos sobre los consensos (que también los hay). Conocedores de ello sus señorías, no resultan necesarias construcciones dialécticas sólidas (ni mucho menos la persuasión del ciudadano a través de la palabra) sino la planificación de una determinada *actuación sobre el escenario* que supone el Pleno para lograr el máximo efecto mediático y la reacción pasional de los votantes más radicales. Esto a su vez hace que la calidad de los debates se resienta y tampoco ayuda el carácter grupocrático de nuestras Cámaras que hacen que cuando un diputado o senador sube a la tribuna no lo haga para defender algo de lo que esté convencido sino la propia voluntad y posición marcada por el grupo, a menudo llena de lugares comunes y oratoria prefabricada, poco atractivo para el ciudadano medio y sus apremiantes problemas (vivienda, servicios públicos) que quedan orillados en beneficio de eslóganes desgastados. La evidente lentitud de los debates aconseja una clara reducción de los tiempos de tramitación de las iniciativas en el Pleno (al estilo de las preguntas) y en los tiempos de intervención del gobierno (ilimitados), que solo sirven para convertir el debate en una sucesión de monólogos. Resulta, asimismo, difícilmente asumible para el espectador un hemiciclo semivacío cuando se debaten asuntos trascendentes, lo que se solucionaría estableciendo unos quorums de para el desarrollo de las sesiones y no solo para la votación.

En cuanto a los mecanismos de control, las preguntas suelen elogiarse como el momento parlamentario que más se ajusta a la agilidad y eficacia de los tiempos actuales. Sin duda, los rápidos intercambios y la presencia de los líderes políticos generan un ambiente *eléctrico* que refleja muy bien la democracia mediática actual; sin embargo, contribuyen al simplismo, ausencia de reflexión y al fomento de posturas enconadas.

Por su parte, el debate en torno a la ineficacia de las Propositiones No de Ley (mociones en el Senado) ha generado gran variedad de posturas. Para algunos, esenciales ya que provocan que la Cámara se pronuncia sobre gran variedad de asuntos, trasladando a los ciudadanos las prioridades de cada grupo y la posición de la Cámara sobre el particular. Hoy día sin embargo, se imponen los argumentos que exigen un cambio profundo en esta cuestión. A pesar de su publicación en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, carecen de efectos jurídicos vinculantes y de hecho, su ámbito propio es el de la presión política derivada del juego de mayoría y oposición. Estas iniciativas general sería frustración en la ciudadanía que, tras ver publicado en los medios que las Cortes debaten y aprueban determinado asunto se encuentran que no tiene valor jurídico alguno más allá de instar al Gobierno a adoptar determinada medida. Si dicho mandato no entra en los planes del ejecutivo por ser contrario a sus intenciones políticas, es impensable que lo cumpla. Si lo que aprueba el órgano en el que se representa la soberanía nacional no se cumple, la imagen del poder legislativo sufre un deterioro perceptible entre los ciudadanos. En efecto, cuando el autor de la iniciativa comunica a los ciudadanos de su circunscripción que esta ha sido aprobada y que supondrá un beneficio para el territorio, cuando ésta no se traduzca en nada estos no culparán al diputado (que al fin y al cabo ha cumplido su programa logrando que se apruebe) sino a la ineficacia de la institución parlamentaria, incapaz de hacer cumplir lo aprobado y demostrando ser un poder poco resolutivo. Así pues, si bien sería impensable obligar al ejecutivo a cumplir cada iniciativa de este tipo aprobada en cada comisión parlamentaria, si resultaría deseable que la Propositiones no de Ley que aprueba el Pleno tuvieran efectos vinculantes.

4. Conclusión

En estas breves páginas hemos examinado (si quiera intentado) alguno de los problemas más acuciantes a los que se enfrenta nuestro Estado de derecho. No son los únicos aunque si los que se han puesto más de manifiesto en los últimos años. Todo ello exigiría una reforma de la Constitución que, lamentablemente, ahora no resulta posible ni deseable. Una Constitución de consenso solo puede reformarse con idéntico consenso ya que, de lo contrario, sustituir un proyecto de todos por uno de parte solo lleva a una Constitución herida de muerte desde su concepción, como tan bien sabemos los españoles. Concluimos reiterando un mensaje anterior: no hay reforma que solucione la vulgaridad de algunos de nuestros representantes públicos ni la polarización que se ha instalado en la política española en los últimos tiempos ni la actitud (en ocasiones) servil de unos cuerpos jurídicos de elite, convertidos en instrumentos al servicio de intereses de parte.

Lo expuesto debe concluir con un mensaje positivo: solo los verdaderos sistemas constitucionales sufren *crisis* y es de la máxima relevancia que los profesionales del derecho subrayemos las deficiencias para que estas puedan ser corregidas. En nuestro país, existe cierta fatiga de materiales, pero los daños no son sistémicos y, confiemos en ello, serán superados con el paso del tiempo. España es una gran nación que, en pleno siglo XXI, está a la altura de los tiempos. No me cabe duda de que no será distinto en el futuro.

6. EL ESTADO DE DERECHO ANTE LOS DESAFÍOS DEL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO

Alberto Herranz Torres

CES Cardenal Cisneros

Prof. Historia del Derecho

Coordinador de la División de Derecho

ÍNDICE: I. INTRODUCCIÓN. II. GÉNESIS HISTÓRICA DEL ESTADO. 1. Del Estado absoluto al constitucionalismo. 2. El constitucionalismo del siglo XIX: codificación y principio de legalidad. 3. Las grandes crisis constitucionales del siglo XX: fascismo, totalitarismo y refundación democrática. III. EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO: FUNAMENTOS Y TENSIONES. 1. La justicia constitucional como garantía del sistema. 2. Democracia constitucional y sus paradojas. IV. SEPARACIÓN DE PODERES, FUNCIONAMIENTO INSTITUCIONAL. 1. El poder judicial y la independencia como garantía constitucional. V. EVOLUCIÓN DE LOS PODERES POLÍTICOS Y TERRITORIALES: DES ESTADO UNITARIO AL PLURALISMO POLÍTICO TERRITORIAL. 1. Federalismo, autonomía y descentralización: modelos comparados. 2. La dimensión supranacional: integración europea y soberanía constitucional. VI. DESAFIOS PRESENTES Y FUTUROS DEL ESTADO DE DERECHO. 1. El populismo como patología constitucional. 2. La crisis de la intermediación política y la renovación democrática. VI. CONCLUSIÓN. VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El presente trabajo analiza la evolución histórica del Estado de Derecho desde sus antecedentes ilustrados hasta los desafíos que plantea el constitucionalismo del siglo XXI. Partiendo de una perspectiva de la Historia del Derecho, se estudia la formación del Estado Moderno, la regulación del principio de legalidad. y la construcción de los mecanismos de separación y control del poder. Desde ese sustrato histórico se proyectan los grandes retos actuales: la erosión democrática por vía de los populismos, la digitalización del espacio público y la descentralización territorial. La hipótesis sigue la línea argumental del dialogo interinstitucional y el imperio de la ley como ejes normativos irreductibles, reivindicando la vigencia del Estado

constitucional como forma política capaz de articular pluralismo, derechos fundamentales y deliberación democrática.

PALABRAS CLAVES: Estado de Derecho, Historia del Derecho, constitucionalismo, separación de poderes, derechos fundamentales, populismo, Rule of Law.

I. INTRODUCCIÓN.

La pregunta sobre los fundamentos y los límites del poder político constituye uno de los más persistentes interrogantes de la civilización occidental. Desde las ciudades-Estado griegas hasta las democracias representativas contemporáneas, el ser humano ha buscado articular formas de convivencia que concilien la necesidad de un orden coercitivo eficaz con la preservación de la libertad y la dignidad individuales. El Estado de Derecho —el Rechtsstaat alemán, el rule of law anglosajón, el État de droit francés— representa la respuesta histórica más elaborada a ese desafío permanente¹⁷⁹. El presente trabajo propone un recorrido *iushistórico* por la génesis y el desarrollo del Estado de Derecho con el propósito de iluminar los retos que el constitucionalismo contemporáneo afronta. No se trata de una mera crónica institucional, sino de un análisis que adopta la historia como instrumento hermenéutico: solo comprendiendo la lógica interna de los procesos constituyentes pasados podemos identificar las patologías que hoy amenazan la arquitectura constitucional y proponer vías de reforma o de fortalecimiento institucional.

El trabajo se estructura en torno a cuatro grandes bloques temáticos. El primero recorre la historia del Estado moderno y del constitucionalismo liberal desde el siglo XVI hasta las grandes codificaciones del siglo XIX. El segundo analiza la consolidación del Estado social y democrático de Derecho en el siglo XX y los grandes sistemas de justicia constitucional. El tercero se detiene en el funcionamiento de los poderes del Estado, los mecanismos de rendición de cuentas y el problema de la evolución de los poderes políticos y territoriales. El cuarto y último bloque aborda los desafíos presentes y futuros: populismo, digitalización, pluralismo territorial y crisis de la intermediación política.

¹⁷⁹Bobbio, N. (1986). El futuro de la democracia. Fondo de Cultura Económica, p. 9.

A lo largo de toda la investigación, dos ejes normativos permanecen constantes: el diálogo como herramienta democrática y el imperio de la ley como condición de posibilidad de la convivencia plural. Frente a las tentaciones recesionistas que resurgen cíclicamente en la historia del constitucionalismo, este trabajo reivindica la vigencia del Estado constitucional como forma política capaz de articular la unidad con la diferencia, la eficacia con la garantía y la mayoría con los derechos de las minorías.

II. GÉNESIS HISTÓRICA DEL ESTADO

1. Del Estado absoluto al constitucionalismo.

El Estado moderno, en el sentido que hoy le atribuimos, es un producto histórico relativamente reciente. Su emergencia puede situarse, con la cautela que impone toda periodización, entre los siglos XV y XVII, cuando las monarquías europeas consolidan estructuras administrativas permanentes, ejércitos profesionales y sistemas fiscales capaces de sostenerlos. La obra de Maquiavelo, Bodin y Hobbes articula teóricamente este proceso: el Estado aparece como el titular de la soberanía, entendida esta como poder supremo y sin igual en el interior del territorio nacional y hacia el exterior.

Sin embargo, el Estado soberano que emerge de la Paz de Westfalia (1648) no es todavía un Estado de Derecho. El absolutismo monárquico concentra en el rey los poderes legislativo, ejecutivo y judicial sin límites institucionales efectivos. Es precisamente contra esta concentración que se alzarán los grandes teóricos del contractualismo ilustrado. Locke articula una teoría de los derechos naturales prepolíticos que el Estado no puede suprimir sin negar su propia legitimidad.¹⁸⁰ Rousseau traslada la soberanía del monarca al pueblo, haciendo de la voluntad general el fundamento de toda ley legítima.¹⁸¹ Montesquieu, observando el modelo constitucional inglés, extrae la conclusión de que solo el poder puede frenar al poder y sienta las bases de la separación de poderes que presidirá todo el constitucionalismo moderno.¹⁸²

¹⁸⁰Locke, J. (1689). *Two treatises of government*. Awnsam Churchill.

¹⁸¹Rousseau, J.-J. (1762). *Du contrat social ou principes du droit politique*. Marc-Michel Rey.

¹⁸²Montesquieu, C.-L. de Secondat. (1748). *De l'esprit des lois*. Barrillot & Fils.

La Revolución Americana de 1776 y la Revolución Francesa de 1789 convierten estos principios filosóficos en normas jurídicas positivas. La Constitución de Filadelfia de 1787 y los *Federalist Papers* que la comentan representan el primer intento serio de ingeniería constitucional: cómo diseñar instituciones que hagan efectivos los derechos y que aseguren la responsabilidad del poder ante los ciudadanos.¹⁸³ La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 proclama que toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes determinada, carece de Constitución (artículo 16).

2. El constitucionalismo del siglo XIX: codificación y principio de legalidad

El siglo XIX es el siglo de la codificación jurídica y de la consolidación del constitucionalismo liberal. El Código Civil napoleónico de 1804 representa la culminación de un proyecto ilustrado de racionalización del derecho: la ley escrita, general, abstracta e igual para todos sustituye al caos de fueros y privilegios del Ancien Régime. Este proceso de codificación no es solo técnico-jurídico sino profundamente político: supone la afirmación del principio de legalidad como columna vertebral del Estado de Derecho.

El pensamiento jurídico alemán elabora en este período la noción de *Rechtsstaat*, Estado de Derecho, que implica la sumisión de todos los poderes públicos —incluido el ejecutivo— a la ley. Von Mohl, Welcker y posteriormente Lorenz von Stein articulan una doctrina del Estado que distingue entre el Estado de poder (*Machtstaat*) y el Estado de Derecho, reservando a este último la función de garantizar la libertad civil mediante normas generales y abstractas.¹⁸⁴

En el ámbito anglosajón, Dicey sistematiza el concepto de *rule of law* en tres dimensiones: la supremacía de la ley ordinaria sobre la discrecionalidad arbitraria del ejecutivo; la igualdad de todos ante la ley y ante los tribunales ordinarios; y el origen constitucional de los derechos y libertades en el derecho privado antes que en una declaración abstracta de derechos.¹⁸⁵

Ahora bien, el Estado liberal del siglo XIX presenta importantes déficits desde la perspectiva de la democracia sustancial. El sufragio censitario excluye a las mayorías;

¹⁸³Hamilton, A., Madison, J., & Jay, J. (1788). *The Federalist papers*. J. & A. McLean.

¹⁸⁴Hegel, G. W. F. (1820). *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Nicolaische Buchhandlung.

¹⁸⁵Dicey, A. V. (1885). *Introduction to the study of the law of the constitution*. Macmillan.

los derechos reconocidos son esencialmente civiles y no sociales; y la igualdad formal coexiste con profundas desigualdades materiales. Será precisamente la crítica a estos déficits la que impulse la transformación del Estado liberal en Estado social a lo largo del siglo XX.

3. Las grandes crisis constitucionales del siglo XX: fascismo, totalitarismo y refundación democrática

El siglo XX somete al constitucionalismo liberal a pruebas de una dureza sin precedentes. La Primera Guerra Mundial quiebra el optimismo decimonónico sobre el progreso y la razón; la Gran Depresión de 1929 pone en evidencia las contradicciones del capitalismo laissez-faire; y el ascenso del fascismo y el nacionalsocialismo muestra cómo el Estado de Derecho puede ser destruido desde dentro, utilizando los propios mecanismos jurídicos del sistema constitucional. La famosa ley de plenos poderes de 1933 en Alemania es un ejemplo paradigmático: el Reichstag, mediante procedimientos formalmente legales, transfiere al gobierno de Hitler poderes constituyentes, en una paradoja que Schmitt había teorizado pero que no por ello resulta menos devastadora.¹⁸⁶

La respuesta a estas catástrofes será la construcción del Estado constitucional de posguerra sobre nuevas bases normativas. Las Constituciones italiana de 1947, alemana de 1949, francesa de 1958 y, más tarde, la española de 1978 y la portuguesa de 1976, incorporan tres innovaciones estructurales de primera importancia:

- A. la positivización de los derechos fundamentales como normas de aplicación directa, no meros programas políticos.
- B. La creación de tribunales constitucionales con competencia para controlar la constitucionalidad de la ley.
- C. La incorporación de cláusulas de intangibilidad o *Ewigkeitsklauseln* que sustraen ciertos contenidos a la reforma constitucional ordinaria.

La teoría pura del derecho de Kelsen proporciona el armazón conceptual para este nuevo edificio constitucional: la Constitución ocupa el vértice de la pirámide normativa y toda norma inferior debe ser conforme a ella.¹⁸⁷ Pero la práctica

¹⁸⁶Schmitt, C. (1928). *Verfassungslehre*. Duncker & Humblot, p. 125.

¹⁸⁷Kelsen, H. (1934). *Reine Rechtslehre*. Franz Deuticke, p. 118.

constitucional demostrará pronto que la cuestión no es solo de jerarquía formal sino de interpretación sustancial: ¿quién decide el contenido de la Constitución? ¿Qué valores encarna? ¿Cómo se equilibran cuando entran en conflicto?

III. EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO: FUNDAMENTOS Y TENSIONES

La constitucionalización de los derechos sociales y económicos representa una profunda transformación del Estado de Derecho clásico. Si este se definía principalmente por lo que el Estado no podía hacer —respetar la libertad y la propiedad—, el Estado social se define también por lo que el Estado debe hacer: garantizar condiciones mínimas de igualdad material que hagan efectivo el ejercicio de los derechos formales. García-Pelayo describe con precisión esta transformación: el paso del Estado como garante del orden al Estado como agente de transformación social.¹⁸⁸

Esta ampliación del catálogo de derechos genera inevitablemente tensiones constitucionales. Los derechos sociales (educación, sanidad, vivienda, seguridad social) requieren recursos públicos y sus titulares no pueden, en principio, reclamarlos directamente ante los tribunales como hacen los derechos civiles y políticos. La distinción entre derechos directamente aplicables y derechos de configuración legal plantea la pregunta por la eficacia normativa de la Constitución en su dimensión social.

Habermas aborda esta tensión desde la teoría discursiva del derecho: los derechos sociales no son concesiones del legislador sino condiciones de posibilidad del ejercicio autónomo de los derechos civiles y políticos. Sin ciertos mínimos de bienestar material, la participación política real es imposible y la igualdad ante la ley se convierte en una ficción.¹⁸⁹ Esta perspectiva revela que el Estado social no es un añadido externo al Estado de Derecho sino una exigencia interna de su coherencia normativa.

¹⁸⁸García-Pelayo, M. (1977). *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Alianza Editorial, pp. 26-29.

¹⁸⁹Habermas, J. (1992). *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Suhrkamp, p. 262.

1. La justicia constitucional como garantía del sistema

La gran innovación institucional del constitucionalismo de posguerra es la justicia constitucional. La presencia de tribunales específicamente encargados de controlar la constitucionalidad de las leyes transforma la naturaleza del sistema jurídico-político: la ley ya no es la expresión suprema de la voluntad popular —como quería el positivismo legalista decimonónico— sino una norma sometida a la Constitución y controlable por un órgano jurisdiccional.

Los modelos de justicia constitucional se bifurcan en dos grandes tradiciones. El modelo americano o difuso, inaugurado por la sentencia *Marbury v. Madison* (1803), permite a cualquier juez ordinario inaplicar una ley inconstitucional en el caso concreto. El modelo europeo o concentrado, diseñado por Kelsen y plasmado en la Constitución austriaca de 1920, atribuye el monopolio del control de constitucionalidad a un órgano ad hoc —el Tribunal Constitucional— cuyas sentencias tienen efectos erga omnes y pueden anular la ley.¹⁹⁰

En España, el Tribunal Constitucional, creado por la Constitución de 1978 y regulado por la Ley Orgánica 2/1979, adopta el modelo europeo y ha desarrollado una extensa jurisprudencia que ha conformado los rasgos fundamentales del ordenamiento constitucional español.¹⁹¹ Sus competencias abarcan el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad, el amparo constitucional, los conflictos de competencia entre Estado y Comunidades Autónomas y los conflictos entre poderes constitucionales, lo que lo convierte en el árbitro último de las grandes controversias constitucionales.

Zagrebelsky describe el resultado de este proceso como el paso del Estado legislativo de Derecho al Estado constitucional de Derecho: la ley ya no es señora del derecho sino sierva de la Constitución.¹⁹² Las consecuencias para la teoría del derecho son profundas: el positivismo jurídico estricto —que identificaba el derecho válido con el derecho positivo— se muestra insuficiente para dar cuenta de un ordenamiento donde los principios constitucionales exigen ponderación y los derechos fundamentales tienen eficacia directa.

¹⁹⁰Favoreu, L. (1994). Los tribunales constitucionales. Ariel.

¹⁹¹STC 4/1981, de 2 de febrero (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 1981).

¹⁹²Zagrebelsky, G. (1992). *Il diritto mite: Legge, diritti, giustizia*. Einaudi, p. 11.

2. Democracia constitucional y sus paradojas

La democracia constitucional plantea una tensión aparentemente irresoluble: los derechos fundamentales y los límites constitucionales al poder de la mayoría son establecidos y controlados por órganos —los tribunales constitucionales— cuyos miembros no son elegidos democráticamente. ¿No supone esto una restricción ilegítima de la voluntad popular?

La respuesta de Ferrajoli es contundente: la democracia constitucional no es un oxímoron sino la forma más completa de democracia, que combina la dimensión formal (quién decide y cómo) con la dimensión sustancial (qué no puede decidirse aunque lo quiera la mayoría y qué debe decidirse para garantizar los derechos de todos).¹⁹³ Los derechos fundamentales son precisamente la esfera de lo que no está a disposición de las mayorías: proteger a las minorías, garantizar la disidencia y asegurar las condiciones de la misma democracia.

Ackerman complementa esta perspectiva distinguiendo entre “política constitucional” —los grandes momentos fundacionales en que el pueblo en su conjunto expresa sus valores más profundos— y “política ordinaria” —la deliberación cotidiana de los representantes electos—. ¹⁹⁴ La rigidez constitucional y el control de constitucionalidad son mecanismos que protegen las decisiones del pueblo soberano en sus momentos constituyentes frente a las decisiones de sus representantes ordinarios. La metáfora de Elster es iluminadora: la Constitución es el Ulises que se ata al mástil para resistir el canto de las sirenas de la pasión política momentánea.¹⁹⁵

El Estado de Derecho no es una categoría binaria —o se tiene o no se tiene— sino un *continuum* con múltiples dimensiones. Un Estado puede tener una Constitución democráticamente legitimada, un tribunal constitucional activo y una separación formal de poderes y al mismo tiempo padecer una corrupción sistémica, una independencia judicial mermada por la politización de los nombramientos y unos partidos políticos colonizados por intereses particulares. La calidad institucional es una construcción lenta y frágil que requiere inversión continuada en cultura

¹⁹³Ferrajoli, L. (2007). *Principia iuris: Teoria del diritto e della democrazia* (Vol. I). Laterza, pp. 821-836.

¹⁹⁴Ackerman, B. (1991). *We the people: Foundations*. Harvard University Press.

¹⁹⁵Elster, J. (2000). *Ulysses unbound: Studies in rationality, precommitment, and constraints*. Cambridge University Press.

constitucional, en formación de juristas comprometidos con los valores del Estado de Derecho y en una ciudadanía activa capaz de vigilar el ejercicio del poder.

IV. SEPARACIÓN DE PODERES Y FUNCIONAMIENTO INSTITUCIONAL

La separación de poderes no es un principio estático sino un equilibrio dinámico que cada sistema constitucional configura de manera diferente según su historia, su cultura política y sus necesidades funcionales. Madison formuló en el *Federalista* núm. 51 la lógica esencial de los frenos y contrapesos: la ambición debe contrarrestar a la ambición.¹⁹⁶ Esta idea, aparentemente cínica, encierra una sabiduría profunda: las instituciones no pueden depender de la virtud de los gobernantes, sino que deben estar diseñadas de manera que los incentivos individuales se alineen con el bien común.

En el constitucionalismo europeo continental, la separación de poderes adopta formas específicas ligadas al modelo parlamentario de gobierno. A diferencia del presidencialismo americano, el parlamentarismo establece una relación de confianza entre el poder legislativo y el ejecutivo que matiza la separación estricta, pero la complementa con mecanismos de control parlamentario: moción de censura, preguntas e interpelaciones, comisiones de investigación, aprobación del presupuesto. El ejecutivo necesita el apoyo del legislativo para gobernar, lo que crea incentivos para la responsabilidad política continua.

La lealtad institucional —el respeto de cada poder a las prerrogativas constitucionales de los demás— es una condición imprescindible del funcionamiento del sistema. Cuando el ejecutivo coloniza al legislativo mediante el abuso de la disciplina de partido; cuando interfiere en la independencia judicial; o cuando el legislativo se convierte en mero apéndice del gobierno en lugar de controlarlo eficazmente, el equilibrio constitucional se rompe y el Estado de Derecho comienza a vaciarse de contenido, aunque sus formas externas se mantengan.

1. El poder judicial y la independencia como garantía constitucional

La independencia judicial es el pilar que sustenta todo el edificio del Estado de Derecho. Si los jueces no son independientes del poder político, no pueden garantizar la vigencia de los derechos fundamentales ni el sometimiento de todos —incluidos los

¹⁹⁶Madison, J. (1788). *Federalist* No. 51. En A. Hamilton, J. Madison y J. Jay, *The Federalist papers*. J. & A. McLean, p. 320.

gobernantes— a la ley. Esta independencia tiene una dimensión estructural (estatuto del juez, inamovilidad, sistema de nombramiento, autogobierno del poder judicial) y una dimensión funcional (exclusividad jurisdiccional, intangibilidad de las resoluciones judiciales, prohibición de tribunales de excepción).

El diseño de los órganos de gobierno del poder judicial es uno de los puntos más sensibles del constitucionalismo contemporáneo. En España, el Consejo General del Poder Judicial, regulado por el artículo 122.3 de la Constitución, ha sido objeto de reiteradas controversias sobre la politización de sus nombramientos. El sistema de elección parlamentaria de los vocales —que en principio debería reflejar el pluralismo político de la sociedad— ha degenerado en la práctica en un reparto de cuotas entre los dos grandes partidos, desnaturalizando la función constitucional del órgano.¹⁹⁷

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha elaborado una doctrina sólida sobre los requisitos del proceso justo y la independencia e imparcialidad del juez.¹⁹⁸ Esta jurisprudencia actúa como un estándar mínimo supranacional que los Estados miembros del Consejo de Europa están obligados a cumplir, complementando así el control de constitucionalidad interno con un sistema de garantías externas de los derechos.

Las constituciones democráticas son documentos de enorme autoridad normativa, pero su legitimidad no puede derivarse exclusivamente de su origen —el momento constituyente fundacional— sino que debe renovarse continuamente mediante la práctica constitucional. Una Constitución que los ciudadanos no reconocen como propia, que los actores políticos utilizan instrumentalmente y que los tribunales aplican mecánicamente sin anclaje en los valores que la inspiran, es una Constitución nominalmente vigente pero sustancialmente muerta. La pregunta por la vivificación permanente del texto constitucional —cómo mantener vivos los valores que lo fundan en condiciones históricas radicalmente diferentes a las del momento constituyente— es quizá la más urgente del constitucionalismo del siglo XXI.

¹⁹⁷Pérez Royo, J. (2022). *Curso de Derecho Constitucional* (16.ª ed.). Marcial Pons, pp. 89-104.

¹⁹⁸STEDH, Asunto Stafford c. Reino Unido, de 28 de mayo de 2002 (ECLI:CE:ECHR:2002:0528JUD004629599).

V. EVOLUCIÓN DE LOS PODERES POLÍTICOS Y TERRITORIALES: DEL ESTADO UNITARIO AL PLURALISMO POLÍTICO TERRITORIAL

1. Federalismo, autonomía y descentralización: modelos comparados

La organización territorial del poder es uno de los aspectos más dinámicos y controvertidos del constitucionalismo contemporáneo. La tradición jurídica occidental ofrece un amplio abanico de modelos: el Estado unitario centralizado (Francia), el Estado federal (Alemania, Estados Unidos, Suiza), el Estado regional (Italia) y el Estado autonómico español, que ocupa una posición intermedia y singular en el panorama constitucional comparado.

El federalismo, en su versión clásica, implica la existencia de dos niveles de gobierno constitucionalmente garantizados —federal y estatal o Länder— con competencias propias que ninguno puede suprimir unilateralmente. El principio de lealtad federal (Bundestreue en Alemania) obliga a ambos niveles a ejercer sus competencias respetando los intereses del otro y del conjunto del sistema. Este principio, de naturaleza esencialmente consuetudinaria, pero con reconocimiento jurisprudencial, actúa como lubricante institucional que permite al sistema federal funcionar con la necesaria flexibilidad.

La Constitución española de 1978 optó por no definir el modelo territorial, dejándolo abierto al llamado principio dispositivo: las Comunidades Autónomas se constituirían en virtud del ejercicio de un derecho a la autonomía reconocido por la propia Constitución, con un ritmo y un alcance competencial a determinar en cada caso. Este diseño deliberadamente ambiguo, fruto del consenso constituyente y de la necesidad de integrar las aspiraciones nacionalistas vascas y catalanas, ha generado décadas de negociación, conflicto jurídico y reforma estatutaria.¹⁹⁹

El caso español ilustra con singular claridad las tensiones entre el principio democrático y el Estado de Derecho en el ámbito territorial. Las demandas de autodeterminación impulsadas desde Cataluña a partir de 2012 han planteado en términos agudos la pregunta sobre los límites del derecho a decidir en el marco del constitucionalismo contemporáneo: ¿puede una parte del pueblo soberano decidir

¹⁹⁹STC 31/2010, de 28 de junio (BOE núm. 172, de 16 de julio de 2010), relativa al Estatuto de Autonomía de Cataluña. La sentencia aborda los límites del principio dispositivo en el modelo autonómico español y la compatibilidad de determinadas previsiones estatutarias con la Constitución de 1978.

unilateralmente su separación del Estado? ¿O el principio democrático está siempre enmarcado por el principio de legalidad?

La respuesta del constitucionalismo comparado y del Tribunal Constitucional español es unívoca: en un Estado democrático de Derecho, ningún proceso de secesión puede llevarse a cabo al margen del marco constitucional. El Dictamen del Tribunal Supremo de Canadá sobre la secesión de Quebec (1998) —que es el precedente comparado más relevante— establece que la secesión requeriría una enmienda constitucional negociada entre todas las partes, descartando la vía unilateral. El Tribunal Constitucional español ha declarado inconstitucionales las resoluciones y leyes catalanas que pretendían abrir un proceso de autodeterminación al margen de la Constitución.²⁰⁰

2. La dimensión supranacional: integración europea y soberanía constitucional

La integración europea añade una dimensión adicional a la evolución de los poderes políticos y territoriales. Desde la perspectiva constitucional, la Unión Europea plantea un desafío sin precedentes: la transferencia voluntaria de competencias soberanas a una instancia supranacional que carece de la legitimidad democrática plena de los Estados nacionales. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha construido una doctrina de primacía y efecto directo del derecho europeo que, en caso de conflicto, desplaza al derecho nacional, incluidas las normas constitucionales.

Los tribunales constitucionales europeos han respondido a este desafío con doctrinas de apertura condicionada: aceptan la primacía del derecho europeo, pero se reservan el control de su compatibilidad con la identidad constitucional y los derechos fundamentales garantizados en sus constituciones. El Tribunal Constitucional Federal alemán ha elaborado la doctrina del Solange y más recientemente la del Ultra Vires para articular este equilibrio entre apertura al derecho europeo y preservación de las garantías constitucionales nacionales.²⁰¹

Häberle propone una salida teórica a esta tensión mediante el concepto de espacio constitucional europeo: las constituciones europeas comparten un sustrato cultural y normativo común —derechos humanos, democracia, Estado de Derecho— que hace

²⁰⁰Tudela Aranda, J. (2009). El Estado desconcertado y la necesidad federal. Civitas-Thomson Reuters, pp. 34-67.

²⁰¹Grimm, D. (2016). Constitutionalism: Past, present, and future. Oxford University Press, pp. 203-221.

posible una hermenéutica constitucional comparada capaz de enriquecer a cada sistema nacional sin anularlo.²⁰² Esta perspectiva, esencialmente dialoguista, es coherente con el eje normativo que recorre todo este trabajo: el diálogo, también entre ordenamientos jurídicos, como herramienta de construcción constitucional.

Las grandes decisiones que afectan a las condiciones de vida de los ciudadanos — política monetaria, regulación financiera, normas medioambientales, reglas del comercio internacional— se adoptan cada vez más en instancias supranacionales o transnacionales que escapan al control democrático de los Estados y de sus ciudadanos. El constitucionalismo global —la extensión del Estado de Derecho más allá del Estado nacional— es un proyecto todavía en sus inicios, con avances significativos en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, pero con enormes déficits de legitimidad democrática y de efectividad en la aplicación.

VI. DESAFÍOS PRESENTES Y FUTUROS DEL ESTADO DE DERECHO

1. El populismo como patología constitucional

El populismo es quizá el mayor desafío que afronta el Estado de Derecho en el mundo contemporáneo. No porque sea un fenómeno nuevo —la tensión entre el líder carismático y las instituciones es tan antigua como la política— sino porque las formas actuales de populismo, potenciadas por las redes sociales y la crisis de los partidos tradicionales, combinan estratégicamente la retórica democrática con el vaciamiento sistemático de las instituciones constitucionales.²⁰³

Levitsky y Ziblatt han documentado con detalle empírico cómo las democracias contemporáneas no mueren habitualmente a través de golpes de Estado militares sino mediante un proceso de erosión gradual: los líderes populistas, una vez en el poder, utilizan los mecanismos legales del propio sistema para reducir la independencia judicial, controlar los medios de comunicación, modificar las reglas electorales y silenciar a la oposición.²⁰⁴ Mounk denomina a este proceso “democracia iliberal”: sistemas que mantienen las formas electorales de la democracia pero han vaciado de

²⁰²Häberle, P. (1994). *Europäische Rechtskultur*. Suhrkamp.

²⁰³Vallespin, F. (2000). *El futuro de la política*. Taurus, pp. 98-117.

²⁰⁴Levitsky, S., & Ziblatt, D. (2018). *How democracies die*. Crown Publishing.

contenido el componente liberal —los derechos, las garantías, la separación de poderes— que la hace genuinamente representativa.²⁰⁵

Frente a este riesgo, la respuesta no puede ser exclusivamente institucional. Las instituciones del Estado de Derecho son tan fuertes como la voluntad de los actores políticos y ciudadanos de respetarlas y defenderlas. Böckenförde formuló con precisión la paradoja: el Estado liberal-secular vive de presupuestos —la cultura de la legalidad, el respeto a las instituciones, la disposición al compromiso— que él mismo no puede garantizar mediante sus propias normas.²⁰⁶ La educación cívica, la cultura constitucional compartida y la deliberación pública plural son, en última instancia, las verdaderas garantías del Estado de Derecho.

2. La crisis de la intermediación política y la renovación democrática

Los partidos políticos atraviesan una crisis de legitimidad y representatividad que ningún análisis del Estado de Derecho contemporáneo puede ignorar. La desafección ciudadana con los partidos tradicionales, la volatilidad electoral creciente, la emergencia de nuevos actores políticos de naturaleza muy diversa (movimientos sociales y plataformas ciudadanas) y la crisis de la prensa como mediador de la información política configuran un escenario de transición institucional profunda cuyo desenlace es incierto.²⁰⁷

La renovación democrática que el Estado de Derecho necesita pasa, en nuestra opinión, por tres vías complementarias. Primera, la democratización interna de los partidos, que la legislación española intenta fomentar, pero con escaso éxito práctico. Segunda, el reforzamiento de mecanismos de participación ciudadana directa a nivel local y regional, donde la democracia deliberativa puede funcionar con mayor eficacia. Tercera, la revitalización del poder legislativo como espacio de deliberación plural, frente a la tendencia a convertirlo en mero tramitador de las iniciativas del ejecutivo. En este punto, la reforma del reglamento parlamentario, los mecanismos de transparencia y control y el reforzamiento de las comisiones de investigación son herramientas constitucionales subutilizadas que merecen una atención renovada.²⁰⁸

²⁰⁵Mounk, Y. (2018). *The people vs. democracy: Why our freedom is in danger and how to save it*. Harvard University Press.

²⁰⁶Böckenförde, E.-W. (1991). *Staat, Verfassung, Demokratie*. Suhrkamp, p. 112.

²⁰⁷Castells, M. (2012). *Redes de indignación y esperanza*. Alianza Editorial.

²⁰⁸Balaguer Callejón, F. (Coord.). (2022). *Manual de Derecho Constitucional (17.ª ed., Vol. I)*. Tecnos, pp. 156-189.

A lo largo de todo este trabajo ha emergido con insistencia una convicción normativa: el diálogo es la herramienta democrática por excelencia. No el diálogo como mera negociación de intereses sino el diálogo como deliberación racional orientada al bien común. Este diálogo tiene dimensiones múltiples. Es diálogo interinstitucional: entre poderes del Estado que se controlan mutuamente y se comunican mediante argumentos jurídicos sometidos a reglas. Es diálogo interjurisdiccional: entre tribunales nacionales y supranacionales que construyen conjuntamente el derecho constitucional europeo mediante la jurisprudencia y el reenvío prejudicial. Es diálogo territorial: entre el Estado central y las entidades territoriales que comparten el ejercicio del poder soberano. Y es diálogo democrático: entre representantes y representados, entre mayorías y minorías, entre el presente y el pasado constituyente. Dworkin ha sostenido que el derecho, correctamente entendido, es un ejercicio de interpretación colectiva: los jueces, los legisladores, los ciudadanos y los académicos participan en una conversación continua sobre el significado de los principios constitucionales que la comunidad se ha dado a sí misma.²⁰⁹ Häberle profundiza esta idea al afirmar que los intérpretes de la Constitución son todos los actores del proceso público, no solo los jueces constitucionales.²¹⁰ Esta apertura de la hermenéutica constitucional a la sociedad no equivale a un relativismo normativo: los principios constitucionales vinculan a todos, pero su concretización es el resultado de un proceso continuo de argumentación y deliberación en el que todos los actores legítimos tienen derecho a participar.

El imperio de la ley —el rule of law— no es el opuesto del diálogo sino su condición de posibilidad. Sin reglas del juego compartidas y respetadas, el diálogo se convierte en la imposición del más fuerte. Pero sin apertura al diálogo y a la reforma, el imperio de la ley se osifica en una legalidad vacía de legitimidad. El Estado constitucional de Derecho es precisamente el sistema que mejor articula estas dos exigencias: mantiene la vinculación de todos al derecho mientras prevé mecanismos de reforma constitucional que permiten a las sociedades adaptarse a nuevas circunstancias sin romper la continuidad normativa.

El Estado de Derecho no es una herencia que se transmite automáticamente de generación en generación: es una conquista que cada sociedad debe renovar

²⁰⁹Dworkin, R. (1986). *Law's empire*. Harvard University Press, p. 93.

²¹⁰Häberle, P. (1980). *Die Verfassung des Pluralismus: Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. Athenäum.

conscientemente mediante la educación, la cultura política y la práctica institucional. La erosión de los valores constitucionales comienza cuando los ciudadanos dejan de conocer, valorar y defender las instituciones que garantizan sus derechos. En este sentido, la historia del derecho no es una asignatura del pasado sino una herramienta de comprensión del presente y de orientación hacia el futuro: saber de dónde venimos nos ayuda a entender dónde estamos y a elegir hacia dónde queremos ir.

Rawls señaló que una sociedad bien ordenada requiere que sus ciudadanos compartan una concepción pública de la justicia que actúe como trasfondo normativo común de la deliberación política.²¹¹ Esta concepción no tiene que ser uniforme ni exenta de controversia, pero sí tiene que reconocer ciertos principios fundamentales —la dignidad de la persona, la igualdad ante la ley, la separación de poderes, la garantía de los derechos básicos— como no negociables. El gran desafío del pluralismo contemporáneo es mantener ese consenso mínimo sobre los principios del juego constitucional mientras se debate apasionadamente sobre todo lo demás.

VII. CONCLUSIONES

El recorrido *iushistórico* y constitucional realizado en este trabajo permite formular algunas conclusiones que aspiramos a contribuir al debate científico sobre los desafíos del derecho constitucional contemporáneo. Estas conclusiones se enriquecen ahora con la perspectiva de larga duración que aportan los estudios sobre el constitucionalismo medieval y el *ius commune*, cuya huella en la cultura jurídica europea resulta imprescindible para comprender los fundamentos más profundos del Estado de Derecho actual.

Primera: El Estado de Derecho es una construcción histórica de larguísima duración, no un dato natural ni una conquista exclusiva de la modernidad ilustrada. Su emergencia en los siglos XVII-XIX estuvo ligada a procesos históricos específicos — la Revolución Inglesa, la Ilustración, las revoluciones americana y francesa, el constitucionalismo liberal europeo del siglo XIX— que no son reproducibles mecánicamente, pero cuya lógica interna —la limitación del poder arbitrario mediante normas generales, la separación de funciones, la garantía de derechos— hunde sus raíces en una tradición jurídica medieval más profunda. Como ha puesto de relieve la doctrina *iushistoricista*, la vinculación del gobernante medieval al Derecho —

²¹¹Rawls, J. (1971). *A theory of justice*. Harvard University Press.

expresada en el juramento de coronación como auto-obligación ante el orden jurídico— constituye un genuino antecedente del moderno juramento constitucional y del principio de legalidad. La idea de que nadie, ni siquiera el soberano, se sitúa por encima del Derecho, es anterior a las revoluciones liberales: está ya presente, con toda su fuerza normativa, en el pensamiento constitucional medieval.

Segunda: La crisis del Estado de Derecho no es solo una crisis institucional sino una crisis de legitimidad y de cultura política. Las instituciones constitucionales son tan robustas como la voluntad de los actores políticos y ciudadanos de respetarlas. Por eso, la respuesta a los desafíos contemporáneos no puede ser exclusivamente normativa —nuevas leyes, nuevas instituciones— sino que exige también inversión en cultura constitucional, educación cívica y deliberación pública de calidad. La historia del *ius commune* nos recuerda que la cohesión jurídica de Europa no descansó nunca en una unidad normativa formal, sino en la difusión de conceptos jurídicos homogéneos y en una cultura jurídica compartida que trascendía las fronteras de los reinos. La construcción del Estado de Derecho contemporáneo requiere ese mismo sustrato de cultura jurídica común, sin el cual las instituciones más perfectamente diseñadas quedan vacías de contenido.

Tercera: El diálogo interinstitucional, interjurisdiccional, territorial y democrático es la herramienta fundamental para afrontar los desafíos del constitucionalismo contemporáneo. Frente a las tentaciones decisionistas y populistas que pretenden simplificar la complejidad constitucional apelando a una mayoría homogénea y sin límites, el Estado de Derecho afirma que la legitimidad del poder descansa en el proceso —en la calidad de los procedimientos de deliberación y decisión— tanto como en el resultado. En este punto, la Historia del Derecho europeo ofrece una lección que no debe ignorarse: la integración jurídica de Europa durante el período del *ius commune* se construyó sobre el diálogo entre ordenamientos y tradiciones distintas, articulando una cultura jurídica común sin imponer una uniformidad normativa que hubiera resultado tan artificial como frágil. El actual proyecto de integración europea, con su hermenéutica constitucional comparada y su pluralismo de fuentes, no hace sino retomar, en nuevas condiciones históricas, esa tradición de pluralismo articulado.

Cuarta: Sin mecanismos que hagan a los titulares del poder responsables de sus actos ante otros actores institucionales y ante los ciudadanos, la separación de poderes se

convierte en separación nominal y la democracia en una oligarquía con elecciones. El fortalecimiento de los órganos de control, la transparencia de la acción pública y la independencia judicial son, en este sentido, prioridades constitucionales de primer orden. La perspectiva histórica iluminada por los estudios sobre el constitucionalismo medieval evidencia, además, que la vinculación del gobernante al Derecho ha sido siempre más intensa y efectiva cuando ha contado con instituciones de control externo —concilios, asambleas estamentales, tribunales eclesiásticos— capaces de articular una accountability real frente al ejercicio unilateral del poder. La lógica de los frenos y contrapesos, lejos de ser una invención ilustrada, recorre toda la tradición jurídica europea.

Quinta: Los desafíos del siglo XXI —el populismo, la digitalización, la globalización, la descentralización territorial— no anulan la vigencia del Estado constitucional, sino que exigen su adaptación creativa. El constitucionalismo no es una doctrina estática sino un proyecto dinámico de organización del poder al servicio de la dignidad humana y de la convivencia plural. La Historia del Derecho nos muestra que este proyecto ha sabido superar crisis profundas —las guerras de religión, la Revolución Industrial, el fascismo, el totalitarismo— y que lo ha hecho precisamente cuando ha sido fiel a sus principios fundacionales y capaz de reformarse sin romperse. En el ámbito de la integración europea, la Historia del Derecho revela además que la búsqueda de una cultura jurídica común europea no es una aspiración moderna: *el ius commune* medieval ya logró articular, mediante la difusión de conceptos jurídicos homogéneos, una forma de cohesión jurídica supranacional que puede ser considerada, con las cautelas metodológicas necesarias, un antecedente estructural del actual derecho europeo. Comprender esa herencia es condición para afrontar con lucidez los retos del presente.

Sexta: La Historia del Derecho no es un ejercicio de erudición anticuaría sino una herramienta hermenéutica imprescindible para el jurista y el constitucionalista contemporáneo. Solo comprendiendo la profundidad temporal de las instituciones —cómo el principio de legalidad hunde sus raíces en el constitucionalismo medieval, cómo *el ius commune* forjó una cultura jurídica común europea siglos antes de los Tratados de Roma, cómo la limitación del poder por el Derecho es una constante que atraviesa la Historia de Occidente— podemos diseñar instituciones capaces de responder a los nuevos desafíos sin perder de vista los principios que las fundan. En

este sentido, el diálogo entre Historia del Derecho y Derecho Constitucional no es un lujo académico sino una necesidad intelectual y cívica de primer orden.

El Estado de Derecho, en definitiva, no es un destino alcanzado sino un horizonte que orienta el movimiento. Su vitalidad depende de que los juristas, los políticos y los ciudadanos continúen preguntándose, con la lucidez que da la perspectiva histórica y con la urgencia que impone el presente, qué significa hoy gobernar bajo el imperio de la ley al servicio de la libertad y la dignidad de todos. La respuesta a esa pregunta no puede construirse mirando únicamente al futuro: requiere también la memoria larga que solo la Historia del Derecho puede proporcionar.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- Ackerman, B. (1991). *We the people: Foundations*. Harvard University Press.
- Balaguer Callejón, F. (Coord.). (2022). *Manual de Derecho Constitucional* (17.^a ed., 2 vols.). Tecnos.
- Bobbio, N. (1986). *El futuro de la democracia*. Fondo de Cultura Económica.
- Böckenförde, E.-W. (1991). *Staat, Verfassung, Demokratie*. Suhrkamp.
- Castells, M. (2012). *Redes de indignación y esperanza*. Alianza Editorial.
- Dicey, A. V. (1885). *Introduction to the study of the law of the constitution*. Macmillan.
- Díez-Picazo, L. M. (2013). *Sistema de derechos fundamentales* (4.^a ed.). Civitas-Thomson Reuters.
- Dworkin, R. (1986). *Law's empire*. Harvard University Press.
- Elster, J. (2000). *Ulysses unbound: Studies in rationality, precommitment, and constraints*. Cambridge University Press.
- Favoreu, L. (1994). *Los tribunales constitucionales*. Ariel.
- Ferrajoli, L. (2007). *Principia iuris: Teoria del diritto e della democrazia* (3 vols.). Laterza.
- García-Pelayo, M. (1977). *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Alianza Editorial.
- Grimm, D. (2016). *Constitutionalism: Past, present, and future*. Oxford University Press.
- Häberle, P. (1980). *Die Verfassung des Pluralismus*. Athenäum.

- Häberle, P. (1994). *Europäische Rechtskultur*. Suhrkamp.
- Habermas, J. (1992). *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Suhrkamp.
- Hamilton, A., Madison, J., & Jay, J. (1788). *The Federalist papers*. J. & A. McLean.
- Hegel, G. W. F. (1820). *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Nicolaische Buchhandlung.
- Kelsen, H. (1934). *Reine Rechtslehre*. Franz Deuticke.
- Lessig, L. (1999). *Code and other laws of cyberspace*. Basic Books.
- Levitsky, S., & Ziblatt, D. (2018). *How democracies die*. Crown Publishing.
- Locke, J. (1689). *Two treatises of government*. Awnsam Churchill.
- Martínez Martínez, F. (en prensa). *Derecho y Constitución en la Edad Media*. En obra colectiva de *Historia del Derecho* (pp. 135-148).
- Montesquieu, C.-L. de Secondat. (1748). *De l'esprit des lois*. Barrillot & Fils.
- Mounk, Y. (2018). *The people vs. democracy: Why our freedom is in danger and how to save it*. Harvard University Press.
- Muñoz Machado, S. (2015). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General* (4.^a ed.). BOE.
- O'Donnell, G. (1998). Horizontal accountability in new democracies. *Journal of Democracy*, 9(3), 112-126.
- Pérez Royo, J. (2022). *Curso de Derecho Constitucional* (16.^a ed.). Marcial Pons.
- Rawls, J. (1971). *A theory of justice*. Harvard University Press.
- Rousseau, J.-J. (1762). *Du contrat social*. Marc-Michel Rey.
- Schmitt, C. (1928). *Verfassungslehre*. Duncker & Humblot.
- Sunstein, C. R. (2017). *#Republic: Divided democracy in the age of social media*. Princeton University Press.
- Tudela Aranda, J. (2009). *El Estado desconcertado y la necesidad federal*. Civitas-Thomson Reuters.
- Vallespín, F. (2000). *El futuro de la política*. Taurus.
- Zagrebelsky, G. (1992). *Il diritto mite: Legge, diritti, giustizia*. Einaudi.
- Zuboff, S. (2019). *The age of surveillance capitalism*. PublicAffairs.
- Morán Martín, R. (2005). El ius commune como antecedente jurídico de la Unión Europea. *Cuadernos de Historia del Derecho*, 12, 99-123.

Jurisprudencia

- STC 4/1981, de 2 de febrero (BOE núm. 47, de 24 de febrero de 1981).
- STC 31/2010, de 28 de junio (BOE núm. 172, de 16 de julio de 2010).
- STJEU, Asunto C-362/14, Maximilian Schrems c. Data Protection Commissioner, Sentencia de 6 de octubre de 2015 (ECLI:EU:C:2015:650).
- STEDM, Asunto Stafford c. Reino Unido, Sentencia de 28 de mayo de 2002 (ECLI:CE:ECHR:2002:0528JUD004629599).
- STS de Canadá, Reference re Secession of Quebec, [1998] 2 SCR 217.
- STC Federal Alemán (Bundesverfassungsgericht), BVerfGE 37, 271 (1974) — Solange I.
- STC Federal Alemán (Bundesverfassungsgericht), BVerfGE 73, 339 (1986) — Solange II.

Normativa

- Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).
- LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (BOE núm. 239, de 5 de octubre de 1979).
- L 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2013).
- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales (DOUE L 119, de 4 de mayo de 2016).
- Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de Servicios Digitales) (DOUE L 277, de 27 de octubre de 2022).

7. **ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO AL USO DE LA DOCTRINA DEL LIVING TREE POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL**

Luis Alejandro Tercero Rodríguez

Investigador contratado predoctoral (FPU) en Derecho Constitucional

Universidad de Castilla-La Mancha

RESUMEN: El presente texto pretende analizar algunos problemas que plantea la doctrina del *living tree*, doctrina originaria del constitucionalismo canadiense, tal como ha sido utilizada por el Tribunal Constitucional español para justificar cambios interpretativos del tenor constitucional, en algunos casos, y la creación de nuevos derechos fundamentales o constitucionales, en otros. En este último caso, la cuestión es bastante problemática especialmente a la hora de determinar los límites en la función de interpretación por parte del Tribunal Constitucional, para evitar extralimitaciones que lo conviertan en un poder constituyente *de facto*.

PALABRAS CLAVE: interpretación constitucional, interpretación evolutiva, árbol vivo, Constitución viva, Tribunal Constitucional.

ABSTRACT: This text seeks to analyze some of the problems raised by the living tree doctrine, a doctrine originating in Canadian constitutionalism, in the way it has been used by the Spanish Constitutional Court. The Court has invoked it, in some cases, to justify interpretive changes in the meaning of the Constitution and, in others, to support the creation of new fundamental or constitutional rights, with the difficulties this entails when determining the limits of constitutional interpretation so as to prevent the Court from overstepping its role and becoming a constituent power in practice.

KEY WORDS: constitutional interpretation, evolving interpretation, living tree, living constitution, Constitutional Court

INTRODUCCIÓN

Tras las recientes resoluciones del Tribunal Constitucional español contenidas en las SSTC 19/2023 y 94/2023²¹², en relación con la constitucionalidad de la eutanasia, y 44/2023²¹³, con la del aborto, ha cobrado especial protagonismo en el campo de la interpretación constitucional la denominada “interpretación evolutiva”, que consiste en un método de interpretación del texto constitucional que basa la actividad hermenéutica en los diversos parámetros sociales existentes al tiempo de su aplicación. Estos pronunciamientos, con una importante repercusión jurídica a causa no solo del dilema ético-moral que plantean, sino también de la novedad doctrinal que suponen para la interpretación de la norma fundamental, suponen una consolidación en la doctrina del alto tribunal de este método de interpretación que, hasta entonces, solo había sido empleada en una ocasión, al resolver la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo.

Con ello, el Tribunal Constitucional ha dejado sentado en su jurisprudencia que nuestra Constitución es un documento dinámico que ha de ser interpretado a la luz de las circunstancias sociales concurrentes en el momento de su aplicación. Para ello, el supremo intérprete de la Constitución ha recurrido, como ya lo hiciera en la STC 198/2012²¹⁴, a la doctrina del *living tree* empleada originariamente por el constitucionalismo canadiense, aunque con alguna variación, utilizándola no solo para llevar a cabo una actualización de la interpretación del texto constitucional a los tiempos presentes, sino para crear nuevos derechos que no aparecen en la propia Constitución.

Esta forma de interpretar la Constitución, no exenta de polémica doctrinal, si bien podría ser muy útil para llevar a cabo actualizaciones del texto constitucional, especialmente en sistemas constitucionales con un poder de reforma tan agravado

²¹² La STC 19/2023, de 22 de marzo, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por cincuenta diputados del Grupo parlamentario Vox en el Congreso, y la STC 94/2023, de 12 de septiembre, el interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, ambos en relación con la constitucionalidad de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia.

²¹³ La STC 44/2023, de 9 de mayo de 2023, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

²¹⁴ La STC 198/2012, de 6 de noviembre, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más cincuenta diputados del Grupo Popular del Congreso en relación con la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. En dicha resolución, se declara la constitucionalidad de la regulación legal del matrimonio entre personas del mismo sexo.

como el nuestro, presenta varias problemáticas desde una perspectiva jurídico-constitucional, algunas de las cuales se pretenden abordar en el presente escrito. Entre estas, se encuentra analizar el uso que nuestro Tribunal Constitucional ha hecho de la interpretación evolutiva, el origen de esta doctrina y las diferencias que la apartan del *living tree* canadiense original, así como las implicaciones que conlleva su uso para la creación de nuevos derechos constitucionales o fundamentales que no se encuentran expresamente recogidos en el texto constitucional y la necesidad de buscar límites claros que impidan que el máximo intérprete de la Constitución termine arrogándose un poder constituyente *de facto*.

I. PRINCIPALES DOCTRINAS DE LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA: *LIVING CONSTITUTION* Y *LIVING TREE*.

Probablemente, la doctrina más conocida sobre la interpretación evolutiva a nivel internacional sea la teoría de la *living constitution* norteamericana, especialmente tras el inesperado giro jurisprudencial que protagonizó la Corte Suprema de los Estados Unidos con la sentencia del caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*²¹⁵, la cual obtuvo una importante repercusión internacional y generó bastante polémica al revocar su doctrina anterior, que reconocía el derecho de la mujer a abortar como un derecho fundamental. Algo inusual teniendo en cuenta, sobre todo, que el sistema jurídico norteamericano se basa en el *common law* y en el principio de *stare decisis*, dando un importante valor jurídico al precedente.

El caso *Dobbs* es uno de los fallos recientes de mayor importancia del Tribunal Supremo norteamericano por la trascendencia de la decisión, al revocar su doctrina anterior y rechazar que la Constitución de los Estados Unidos consagre algún tipo de derecho al aborto, anulando con ello los precedentes sentados en los casos de *Roe v. Wade*, en 1973, el caso paradigmático que proclamó la inconstitucionalidad de toda norma que impidiera el aborto voluntario realizado con anterioridad a que el feto alcanzase la viabilidad y pudiera sobrevivir fuera del útero materno; y de *Planned Parenthood v. Casey*, en 1992, caso en que, confirmando el precedente de *Roe v. Wade*, la Corte Suprema va aún más allá al declarar el derecho al aborto como una exigencia derivada de la *due process clause* de la XIV enmienda, al entenderlo como un derecho de autonomía y libertad esencial incluido dentro del *substantive due process*.

²¹⁵ Caso *Dobbs v. Jackson Womens Health Org.*, 587 U.S. 215 (2022), de 24 de junio de 2022.

La doctrina norteamericana de la Constitución viva, a diferencia de lo que muchos creen, no nace en *Roe v. Wade* —aunque es uno de los casos que mayor difusión ha tenido— sino que es fruto de un proceso paulatino de desarrollo jurisprudencial que tuvo lugar a través de varias decisiones desde los años 20 del siglo pasado. El primero de estos fue *Missouri v. Holland*, uno de los casos paradigmáticos en esta materia, que contiene la célebre frase del *Justice* Oliver Wendell Holmes en la que sostiene que «cuando nos enfrentamos a textos que constituyen a su vez un acto constitutivo, como la Constitución de los Estados Unidos, debemos ser conscientes de que estos han dado vida a un ser cuyo desarrollo no podría haber sido previsto en su totalidad ni siquiera por los más dotados de sus creadores»²¹⁶. Décadas después, durante el período de la corte Warren²¹⁷, la Constitución viva fue un recurso frecuente por parte del alto tribunal norteamericano en una época en la que la Corte Suprema llevó a cabo una importante expansión del *Bill of Rights* consagrado en la Constitución de los Estados Unidos, reconociendo y protegiendo nuevos derechos que no se encontraban expresamente recogidos en el tenor de la norma fundamental a través de su inclusión en la *due process clause*²¹⁸ (Valero Heredia, 2024, p. 52). A esta etapa pertenecen decisiones también de gran relevancia como *Brown v. Board of Education of Topeka*²¹⁹ y *Trop v. Dulles*²²⁰.

Por parte de la doctrina, las primeras referencias de notoriedad y con impacto al método de la *living constitution* las encontramos en el famoso libro *The Living Constitution* de Howard Lee McBain, en 1928, o en autores como Charles A. Beard, en 1936.

La *living constitution*, como forma de interpretación del texto constitucional, parte de la premisa de que la Constitución posee un contenido normativo dinámico, capaz de evolucionar y de adaptarse a nuevos tiempos, aun cuando su texto no haya sido formalmente modificado, ni haya sufrido alteración alguna. En este sentido, David A.

²¹⁶ *Missouri v. Holland*, 252 U.S. 433 (1920).

²¹⁷ La Corte de Warren es el nombre con el que se conoce al período en que la Corte Suprema de los Estados Unidos estuvo presidida por el magistrado Earl Warren, a mediados del siglo pasado,

²¹⁸ Estos nuevos derechos eran reconocidos al amparo de la XIV enmienda, integrando el denominado *substantive due process* dentro de la cláusula del debido proceso, como se explicaba anteriormente que ocurría con el derecho al aborto en *Roe v. Wade*, al concebirse como una exigencia básica para la libertad en un orden constitucional.

²¹⁹ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), de 17 de mayo de 1954.

²²⁰ *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958), de 31 de marzo de 1958.

Strauss define la *living constitution* como «aquella que evoluciona, cambia con el tiempo y se adapta a las nuevas circunstancias, sin que se modifique formalmente» (2010a, p. 1). Charles A. Beard, uno de sus primeros precursores, llegó a sostener que «la Constitución en la práctica es un ser vivo» (p. 31) y que su aplicación depende no solo de su tenor, sino que en cierto modo se ven involucrados sus intérpretes, los que en ese momento la tienen que interpretar y aplicar, añadiendo:

La Constitución en la práctica es, por tanto, el pensamiento y la acción contemporáneos de los ciudadanos y las autoridades que operan bajo ella. Es la palabra y el acto vivos de personas vivas, positiva donde es positiva, y sujeta a su interpretación donde está abierta a lecturas variantes. (p. 31)

Desde esta concepción, la Constitución no puede sino entenderse como un texto abierto —y no como uno cuyo significado fue definitivamente fijado en el momento histórico de su aprobación—, y su interpretación debe acompasarse a la evolución de las circunstancias sociales, políticas e institucionales, debiendo «examinarse a la luz de toda nuestra experiencia, y no solo de lo que se dijo hace cien años», como ya dijera el *Justice* Holmes²²¹. Con ello, no solo se garantiza que la norma se adapte a las nuevas exigencias de la vida cotidiana, asegurando la función última del Derecho como regulación de la realidad social, sino que además se conseguiría que los preceptos constitucionales no quedaran desfasados o en desuso, haciendo de la Constitución una letra muerta. De este modo, la interpretación constitucional habría de atender no solo al tenor literal del texto de la carta magna, sino también a las necesidades de la sociedad contemporánea, permitiendo que la Constitución continúe ejerciendo de manera eficaz su función como fijadora de un orden y como garantía del mismo.

Los fundamentos que se han ofrecido en defensa de esta doctrina pueden reconducirse, de manera general, a dos grandes líneas argumentales. La primera es de naturaleza pragmática y sostiene que una interpretación estrictamente vinculada al significado original o a la intención histórica de los constituyentes puede resultar, en ciertos supuestos, insuficiente para dar respuesta a los problemas constitucionales del presente, lo que justificaría una lectura evolutiva del texto. Para entender realmente el significado de la Constitución, desde esta concepción, no basta con mirar el texto formal, pues, como ha ocurrido a lo largo de la historia desde la fundación de los Estados Unidos, muchas de las transformaciones decisivas del constitucionalismo

²²¹ *Missouri v. Holland*, 252 U.S. 433-434 (1920).

norteamericano no se han producido a través de procedimientos formales de reforma del artículo V, sino mediante otras vías diferentes, pero jurídicamente válidas, como importantes precedentes judiciales y *landmark statutes* o hitos legislativos (Ackerman, 2007). En relación con los primeros, Strauss (2010b) indica que el *common law* es una *source of law* o fuente del derecho incluso más antigua que la propia Constitución, que permite la adaptación y el cambio, y que el sistema constitucional estadounidense [...] se ha convertido en un sistema de *common law*, en el que los precedentes y las prácticas anteriores son, en su propia forma, tan importantes como la propia Constitución escrita. Una Constitución de derecho consuetudinario es una Constitución “viva”, pero también es capaz de proteger los principios fundamentales frente a la opinión pública cambiante, y no es una Constitución que los jueces (ni nadie más) puedan manipular simplemente para adaptarla a sus propias ideas.

En cuanto a los *landmark statutes* o hitos normativos, Ackerman pone ejemplos como el *Civil Rights Act* de 1964²²², normas que, al suponer un desarrollo directo del contenido constitucional, forman parte, a su juicio, de la estructura constitucional viva del país, aunque no sean propiamente enmiendas de la Constitución, y sirven para explicar la evolución del significado que ha adoptado la propia Constitución (2007, p. 1781).

La segunda línea argumental a favor de la *living constitution* descansa en una determinada comprensión de la voluntad del constituyente que va más allá de la intención de crear un sistema constitucional cerrado. Se afirma, así, que los redactores de la Constitución emplearon deliberadamente fórmulas amplias, abiertas y flexibles, precisamente para permitir que el texto pudiera proyectarse sobre realidades futuras no enteramente previsibles en el momento de su elaboración (Strauss, 2010a, pp. 7-11) y que los redactores de la ley suprema no buscaban la creación de un sistema rígido o inflexible que impusiera a las generaciones futuras una interpretación del texto constitucional cerrada ya en el momento de su elaboración y aprobación (Powell, 2008, p. 24). Desde esta perspectiva, la *living constitution* no supondría una traición al diseño constitucional originario, sino, antes bien, una forma de realizarlo y

²²² El *Civil Rights Act* de 1964 fue una ley federal de Estados Unidos que prohibió la discriminación por raza, color, religión, sexo u origen nacional. Esta, calificada por Ackerman como una ley hito (2007, p. 1781-1782), tiene para el autor una relevancia quasi-constitucional y es clave para explicar y entender la evolución del significado constitucional de determinados preceptos como la *equal protection clause* de la XIV enmienda, secc. I.

completarlo.

Frente a esta posición, encontramos lo que se ha denominado como *originalism*, la doctrina opuesta a la *living constitution*, según la cual toda modificación sustancial del significado constitucional debe producirse exclusivamente a través de los procedimientos formales de reforma, y no mediante la sola labor interpretativa de los jueces, pues lo contrario supondría atribuir al poder judicial una función material de constituyente. A esto se añade el argumento de que, en una democracia constitucional, la voluntad popular se expresa de manera más legítima a través de la actividad legislativa que mediante la jurisprudencia, en la medida en que los órganos representativos son periódicamente renovados mediante elecciones y se hallan, al menos teóricamente, sujetos a responsabilidad política ante sus electores. En este contexto, los originalistas suelen calificar a la *living constitution* como activismo judicial.

Por último, destacan algunas posturas doctrinales intermedias que buscan un equilibrio entre *living constitution* y *originalism*. Al respecto, destaca lo que se ha denominado como *living originalism* (Balkin, 2011). En un sentido similar, Stephen E. Sachs se refiere al originalismo no como método de interpretación constitucional, sino como una teoría de evolución jurídica que permite modificar la Constitución u otras normas siempre que se haga mediante vías jurídicamente válidas, reconociendo el *common law* y el *stare decisis* como vías que permiten alterar el significado original del texto constitucional y que no son, por tanto, contrarias a una visión originalista de la Constitución (2014).

Junto a la doctrina de la *living constitution* estadounidense, debe destacarse también su homóloga en el constitucionalismo canadiense: la *living tree doctrine*. La doctrina del árbol vivo o *living tree* se configura como un criterio hermenéutico que exige interpretar la Constitución de manera amplia y progresiva, permitiendo su cambio y adaptación a los desafíos de los nuevos tiempos. Concibe la norma constitucional simbólicamente como un árbol vivo que crece y se expande, evolucionando y cambiando su estado respecto al momento original de su plantación. De ahí que se conciba a la carta magna como un instrumento normativo dinámico y abierto a su adaptación, de tal manera que la interpretación constitucional no puede quedar constreñida por una lógica excesivamente literalista o estática, sino que debe desarrollarse conforme a pautas amplias, progresivas y funcionales, de modo que el

texto fundamental conserve su capacidad ordenadora frente a las transformaciones de la realidad social.

La formulación paradigmática de esta doctrina se encuentra en el conocido asunto *Edwards v. Canada (Attorney General)*²²³, conocido también como *Persons Case*²²⁴. En su resolución, en 1929, Lord Sankey afirmó que la *British North America Act* había plantado en Canadá «un árbol vivo capaz de crecer y expandirse dentro de sus límites naturales» (p. 9 de la resolución). Posteriormente, tras la revocación del fallo de la Corte Suprema por el *Judicial Committee of the Imperial Privy* en el caso *Edwards v. Canada (Attorney General)*, la doctrina del *living tree* fue acogida por la Corte Suprema de Canadá. A partir de esta metafórica imagen jurisprudencial, la práctica constitucional canadiense consolidó un modelo de interpretación progresiva, según el cual la Constitución debe ser leída como una norma suprema cuya vigencia efectiva depende de su aptitud para acomodarse a las condiciones cambiantes de la comunidad política. Desde esta óptica, una interpretación exclusivamente anclada en la intención histórica de los constituyentes correría el riesgo de convertir la Constitución en un texto que se desvinculara progresivamente de la sociedad a la que sirve.

En este sentido, la Corte Suprema canadiense ha rechazado reiteradamente la doctrina de los *frozen concepts*. De esta forma, expone que «el texto de la Constitución no debe quedarse anclado en el sentido en que se habría entendido en 1867» por ser esto contrario al *Principle of progressive interpretation of the constitution*, un principio firmemente anclado en la jurisprudencia de su Corte Suprema y del constitucionalismo canadiense (Hogg, 1987, p. 97). Según afirmó la propia Corte

²²³ Henrietta Muir Edwards and others (Appeal No. 121 of 1928) v. The Attorney General of Canada (Canada) [1929] UKPC 86 (18 October 1929).

²²⁴ El asunto *Edwards v. Canada* (1929) es conocido también como *Persons Case* (l'Affaire 'personne'), porque esta palabra —person— es el término que había de ser interpretado y que se sitúa en el origen de la controversia.

Es un caso de gran importancia para el constitucionalismo canadiense, así como para los avances en materia de igualdad de género, siendo un caso pionero a principios del s. XIX. El litigio fue promovido por el Gobierno canadiense a partir de la presión ejercida por un grupo de mujeres célebremente conocido como *The Famous Five*: Henrietta Edwards, Nellie McClung, Louise McKinney, Emily Murphy e Irene Parlby. El asunto comenzó como una cuestión consultiva planteada por el gabinete federal directamente ante el Tribunal Supremo de Canadá, que sostuvo que las mujeres no podían considerarse “personas cualificadas” y, por tanto, no reunían los requisitos para formar parte del Senado.

Frente a esa decisión, las cinco mujeres recurrieron ante el *Judicial Committee of the Imperial Privy Council* de Londres, que en aquel momento actuaba como última instancia judicial para Canadá dentro del Imperio británico y la Commonwealth. Dicho órgano revocó la decisión del Tribunal Supremo canadiense y determinó que el término *persons* no excluye a las mujeres y, por tanto, podían ser designadas como miembros del Senado de Canadá (Sharpe y McMahon, 2007).

Suprema en la *Reference re Same-Sex Marriage* (p. 700 de la resolución)²²⁵, el significado del texto constitucional no puede quedar bloqueado o congelado:

La postura doctrinal basada en los “*frozen concepts*” va en contra de uno de los principios más fundamentales de la interpretación constitucional canadiense: que nuestra Constitución es un árbol vivo que, mediante una interpretación progresista, se adapta y aborda las realidades de la vida moderna.

Dado que la Constitución es un texto vivo, precisamente por ello, debe poder responder, mediante una interpretación evolutiva, a las exigencias de la vida contemporánea. La idea no es otra que llevar a cabo una actualización prudente del texto constitucional dentro del marco del propio texto.

Ahora bien, la doctrina del árbol vivo no equivale a una hoja en blanco para la libre reconstrucción judicial de la Constitución. La referencia de Lord Sankey a «*its natural limits*» expresa justamente la existencia de ciertos límites internos a la evolución interpretativa. Tales límites no imponen una determinación rígida o definitiva del contenido de la Constitución, pero sí excluyen interpretaciones tan novedosas que excedan con creces los límites literales de la propia ley suprema, terminando por desbordar el marco jurídico-semántico de la norma. En este sentido, la interpretación evolutiva exige una relación de continuidad razonable con la estructura, la función y el significado posible del texto constitucional.

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha confirmado también en numerosos casos esa contención interpretativa que busca un uso razonado y equilibrado del *living tree*. En ese sentido se encuentran, entre otros, los casos *Canada (Attorney General) v. Hislop*²²⁶ (párr. 94) y *Marcotte v. Fédération des caisses Desjardins du Québec*²²⁷ (párr. 20). En este último, concretamente, se negó que los pagos realizados mediante tarjeta de crédito pudieran subsumirse dentro de la competencia federal sobre letras de cambio, dado que

«los límites naturales del texto del art. 91(18) la Ley Constitucional de 1867 impiden que este sea reinterpretado en un sentido que incluya las tarjetas de crédito».

Ello pone de relieve que la doctrina del árbol vivo no legitima cualquier extensión del significado constitucional, sino únicamente aquellas que puedan justificarse como

²²⁵ *Reference re Same-Sex Marriage*, [2004] 3 S.C.R. 698, 2004 SCC 79.

²²⁶ *Canada (Attorney General) v. Hislop*, 2007 SCC 10 (CanLII), [2007] 1 SCR 429.

²²⁷ *Marcotte v. Fédération des caisses Desjardins du Québec*, 2014 SCC 57 (CanLII), [2014] 2 SCR 805.

desarrollo coherente del texto dentro de sus límites naturales o inherentes, límites que suelen ser referidos por la Corte Suprema en alusión al tenor literal de los preceptos constitucionales, aunque se trata de un concepto indeterminado que se encuentra muy vagamente concretado en la jurisprudencia de la Corte Suprema canadiense.

II. EL USO DEL *LIVING TREE* POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

En contraste con el siglo de interpretación evolutiva de la doctrina norteamericana, en España se trata de un recurso de incorporación bastante reciente que tan solo ha sido utilizado en cuatro pronunciamientos, que podrían quedar reducidos a tres controversias, por nuestro Tribunal Constitucional. El primero fue en 2012, al resolver la constitucionalidad de la reforma legal que amparaba el matrimonio entre personas del mismo sexo, y los otros dos en 2023, al resolver la constitucionalidad de las regulaciones legales de la eutanasia —en dos sentencias— y del aborto.

Debe asimismo destacarse que la doctrina estadounidense de la *living constitution* no ha tenido —al menos a día de hoy— lugar en la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal a la hora de tratar estas cuestiones, sino que ha sido la canadiense del *living tree* la empleada para resolver estos casos, aunque ha terminado convirtiéndose en una técnica *sui generis* de nuestro propio tribunal habiendo sido esta doctrina hermenéutica denominada como “interpretación evolutiva”, dado que es el nombre con el que el Tribunal Constitucional se refiere continuamente a ella cuando dice que «la Constitución es un árbol vivo que a través de una interpretación evolutiva se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad», y siendo menos frecuente su denominación como “árbol vivo” o “living tree” por parte de la doctrina académica española.

En este punto, podría ser conveniente preguntarse por qué nuestro Tribunal Constitucional acude a la doctrina del *living tree* y no a la *living constitution*. Aunque no expresa ninguna motivación al respecto, destaca que ni siquiera menciona a esta última, a pesar del importante desarrollo que ha tenido tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial en Estados Unidos. En el caso del aborto es evidente —y este mismo motivo podría justificar por qué tampoco se utiliza en las sentencias que resuelven la constitucionalidad de la eutanasia—: el tribunal no hizo uso de ella porque, a pesar de utilizarse la *living constitution* para llevar a cabo una interpretación de la Constitución

que reconocía el aborto como un derecho constitucional en *Roe v. Wade*, el contenido de este precedente fue enmendado en 2022 por la doctrina contenida en *Dobbs*, que rechaza el reconocimiento del aborto como derecho constitucional por —según argumenta el Justice Alito, redactor de la opinión mayoritaria— no haberse encontrado integrado como tal en la tradición jurídica estadounidense hasta *Roe v. Wade* y por no ser un derecho esencial para la libertad ordenada que permita su inclusión en el *substantive due process* (De Montalvo Jääskeläinen, 2025, pp. 160-162). De ahí que la doctrina contenida en *Dobbs* califique el reconocimiento del aborto como derecho constitucional llevado a cabo por *Roe v. Wade* como una extralimitación indebida de la Corte Suprema que pudiera tacharse de activismo judicial, de modo que se aparte de este precedente y de *Casey* para enmendar la doctrina contenida en estos y declarar que la Constitución federal no contiene ningún derecho de la mujer al aborto, por lo que se devuelve la decisión sobre este asunto a la legalidad ordinaria de los Estados miembros de la federación.

Sin embargo, sí que resulta llamativo que en 2012, cuando aún no existía la doctrina contenida en *Dobbs*, no se utilizase este recurso a la *living constitution*. En este caso, quizá se deba al *thema decidendi*: la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. En este contexto, encontramos que, mientras que en Canadá la Corte Suprema había recurrido al *living tree* para justificar la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, en Estados Unidos no se había utilizado la *living constitution* para ello. De ahí que, al buscar jurisprudencia para resolver la cuestión, encontrasen en la doctrina de la *living tree* un recurso innovador para apoyar la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, como lo había hecho en Canadá, y justificar el cambio de posición por parte del propio tribunal respecto a su jurisprudencia anterior sobre esta materia.

1. La constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo.

En la STC 198/2012, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad de la Ley 13/2005, que reconoció en España el matrimonio entre personas del mismo sexo al modificar el artículo 44 del Código Civil. El recurso de inconstitucionalidad, presentado siete años antes, en 2005, sostenía que esa reforma era contraria al artículo 32 CE, entendido tradicionalmente como referido al matrimonio entre hombre y mujer. El art. 32.1 de la Constitución sostiene que «El

hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica». La fundamentación del Tribunal podría sintetizarse en tres premisas: Primero, el matrimonio es una institución constitucionalmente garantizada, cuyo contenido no está petrificado, ni completamente definido. Segundo, aunque en 1978 la comprensión social y jurídica dominante del matrimonio remitía sin duda a la unión entre personas de distinto sexo, de la literalidad del artículo 32 CE no se deduce de modo inexorable que esa deba ser la única forma constitucionalmente admisible de matrimonio. Tercero, la doctrina del “árbol vivo” permite entender que la institución matrimonial puede evolucionar sin perder sus rasgos jurídicos esenciales, siempre que siga siendo reconocible como tal. A partir de ahí, el Tribunal concluye que, en la sociedad española de 2012, momento en que se resuelve el recurso, el matrimonio era ya socialmente concebido como una comunidad de afecto y ayuda mutua entre dos personas, con independencia del sexo de los contrayentes.

Este fallo de nuestro más alto tribunal se basó en la realidad social de su tiempo, de 2012, para llevar a cabo una lectura evolutiva de nuestra Constitución y de su art. 32. Sin embargo, resulta muy llamativo el punto de vista de Díaz Revorio, quien habla de “constitucionalidad sobrevenida” (2024, pp. 293-295). Para el autor, esa misma conclusión no habría sido tan fácil de sostener en 2005, momento en que se planteó el recurso. En aquel momento la ley iba acompañada de una fuerte controversia social y política, no existía aún un consenso social suficientemente amplio y muchos de los argumentos de Derecho comparado, jurisprudencia internacional y evolución cultural que el Tribunal utiliza en 2012 eran posteriores a la aprobación de la ley y habían surgido a lo largo de esos siete años. Por ello, el autor afirma que la ley pudo haber nacido en una situación de dudosa constitucionalidad, en tanto que los argumentos que sostienen su constitucionalidad en 2012 no eran posibles en 2005, pero que el cambio paulatino del contexto social y jurídico la hizo finalmente compatible con la Constitución. De ahí la referencia a la “constitucionalidad sobrevenida”.

Por otro lado, el uso de la interpretación evolutiva en este caso no sirvió para “crear un nuevo derecho fundamental”, sino como instrumento para, por un lado, motivar la separación de su doctrina anterior, y, por otro, para declarar que una opción legislativa de legitimidad inicialmente discutible en los primeros años de vigencia constitucional había pasado a ser constitucionalmente admisible debido a su aceptación social.

Ese matiz es esencial, pues en Derecho tan importante es el fallo como la *ratio decidendi*. A diferencia de lo que ocurrirá en los dos casos anteriores, en la sentencia sobre el matrimonio homosexual, el Tribunal mantiene una actitud deferente respecto del legislador. No proclama que exista un derecho fundamental al matrimonio entre personas del mismo sexo directamente impuesto por la Constitución, sino que se limita a afirmar que la Ley 13/2005 se mueve dentro del marco de opciones permitidas por el texto constitucional, lo cual es *a priori* lo que se deduce del tenor del propio texto constitucional. El Tribunal, por tanto, no clausura el debate constitucional afirmando que esa sea la única solución exigida por la Norma Fundamental, ni diciendo que no cabe otro modelo en nuestro sistema constitucional, sino que simplemente se limita a validar la opción legislativa a la luz del contexto social de 2012, y ello teniendo en cuenta, además, que este es el único caso —en contraste con los dos siguientes— en el que existe un soporte constitucional sólido para proclamar un derecho constitucional *ex novo* al matrimonio entre personas del mismo sexo, vinculado al art. 32 CE en relación con el art. 14 CE, que sí es un derecho fundamental expresamente recogido y que su lectura integrada con el referido art. 32 podría llevar a esta conclusión.

No obstante, anticipándonos ya a lo que se dirá en las líneas posteriores, en el caso del aborto y de la eutanasia no existe ningún elemento o vinculación sólida que se desprenda del tenor de nuestro texto constitucional y que permita reconocer a ambos como derechos fundamentales o constitucionales, a diferencia de lo que acabamos de decir que ocurre en el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo, y, sin embargo, nuestro Tribunal Constitucional, sobrepasando los límites de una interpretación evolutiva razonable, los ha reconocido como tales.

2. La constitucionalidad de la eutanasia: de la interpretación evolutiva a la evolución normativa.

A través de las SSTC 19/2023 y 94/2023, el Tribunal Constitucional enjuicia la constitucionalidad de la Ley Orgánica 3/2021, de regulación de la eutanasia, respondiendo a los recursos de inconstitucionalidad planteados por el grupo parlamentario Vox, en la primera, y por el Popular, en la segunda.

En este caso, el Tribunal parte, en un primer momento, de una premisa correcta en su función como garante del orden constitucional: su función consistiría en determinar si

la opción legislativa adoptada por el Parlamento está dentro de las posibilidades que la Constitución permite. Sin embargo, en el desarrollo del razonamiento, el Tribunal pasa de enjuiciar la constitucionalidad de la ley impugnada a pronunciarse, implícitamente, sobre la inconstitucionalidad de una opción legislativa distinta, determinando que no. Esto es lo que realmente hace al llevar a cabo lo que denomina como «un examen de proporcionalidad entendido no en el sentido clásico de prohibición del exceso [...], sino en su manifestación como prohibición del defecto, esto es, como proscripción de la inexistente o insuficiente protección» (STC 19/2023, FJ 6.D.a). Seguidamente, afirma que el derecho a la integridad personal, en conexión con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, protege un ámbito de autodeterminación que incluye la decisión de optar por la muerte en contextos de sufrimiento extremo y padecimientos graves e incurables. Además, ello implica también el derecho a solicitar la ayuda de terceros para hacerlo de manera compatible con la dignidad.

Según Díaz Revorio, esa formulación implica reconocer un derecho constitucional a la autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos (2024, pp. 305-306) o, dicho de otro modo, deducir un contenido negativo del derecho a la vida. El problema de fondo radica en que la Constitución puede amparar determinadas libertades o espacios de autonomía personal, pero no toda manifestación de esa autonomía se convierte automáticamente en un derecho fundamental. El que el legislador haya optado por reconocer esa autonomía para decidir sobre el final de la vida y la misma se halle conexas con otros derechos fundamentales o bienes constitucionales, no la convierte por sí en un derecho de rango constitucional, pues «una manifestación del *agere licere* que encuentre vínculo o fundamento constitucional tendrá una protección *prima facie*, pero eso no la convierte en derecho fundamental» (Díaz Revorio, 2024, p. 303). Esto es lo que el autor denomina como «la fundamentalización de una decisión legislativa» (2024, p. 297).

Por otro lado, es bastante parca la sentencia al abordar su relación con la jurisprudencia previa sobre el artículo 15 CE y sobre la inexistencia de un derecho a la propia muerte, extremo que la propia sentencia afirma no abandonar. Aunque reconoce que el Tribunal no se había pronunciado antes de forma directa sobre la eutanasia, sí existían antecedentes relevantes en materia de rechazo de tratamientos y huelga de hambre. La STC 19/2023 no se refiere expresamente al giro doctrinal que supone convertir lo que

antes podía entenderse como inconstitucional con la doctrina existente en un auténtico derecho constitucional a recibir ayuda para morir en ciertos contextos. De nuevo, el problema no es solo la solución material, sino la insuficiente explicitación del cambio jurisprudencial y la debilidad de la fundamentación empleada para justificarlo.

Además, el Tribunal Constitucional crea un nuevo derecho a la autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos que deduce del art. 15 CE (integridad física y moral), en conexión con el art. 10.1 CE (dignidad y libre desarrollo de la personalidad), cuando en realidad nos encontramos ante un derecho que es expresión del contenido negativo del derecho a la vida (art. 15 CE) y no ante el ejercicio de una libertad que comprometa la integridad física. Mientras que esta última faculta para rechazar intervenciones corpóreas, como pudiera ser un determinado tratamiento, la eutanasia consiste en una prestación pública del Estado orientada a poner fin a la vida.

Por último, resulta también bastante llamativo que, en este caso, a diferencia de lo que ocurre en el anterior del matrimonio homosexual, el Tribunal Constitucional al emplear la interpretación evolutiva no se basa en la evolución del parecer social o de la aceptación social de esta práctica. En otras palabras, no se basa en la opinión social generalizada, sino que el tribunal lleva a cabo una lectura evolutiva del texto constitucional basándose en una evolución normativa —en materia de libre autonomía del paciente— para justificar que la legislación ha ido evolucionando temporalmente en la línea del reconocimiento de un derecho a la autodeterminación sobre la propia muerte, tal y como explica De Montalvo Jääskeläinen (2025, pp. 176-181). Sin embargo, esto parece ser completamente contradictorio con la idea de la Constitución como límite al poder que se asienta en la base del constitucionalismo europeo desde la II Guerra Mundial, tal y como sostienen grandes constitucionalistas como Rubio Llorente (1993, p. 24) o García Pelayo (1984, pp. 34-41). Si lo que diga la ley puede servir para justificar la constitucionalidad de una norma, entonces se está interpretando la Constitución en conformidad con la ley y no la ley en conformidad con la Constitución, siendo esta última la función del Tribunal Constitucional a la hora de determinar la constitucionalidad de una determinada opción adoptada por el legislador.

3. *La constitucionalidad del aborto: la creación de un nuevo derecho fundamental*

En la STC 44/2023, relativa a la Ley Orgánica 2/2010 sobre salud sexual y reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo, la sentencia, al igual que en el caso de la eutanasia, ya no se limita a declarar constitucional una opción del legislador, sino que sostiene —con un *modus operandi* muy parecido— que la interrupción voluntaria del embarazo forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la integridad física y moral, en conexión con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad. Este razonamiento implica la creación jurisprudencial de un nuevo derecho constitucional, esto es, un derecho al aborto que, aunque no aparece expresamente en la Constitución, el tribunal pasa a deducir de principios generales y otros derechos. De este modo, el aborto pasa de ser concebido, en la jurisprudencia anterior encabezada por la STC 53/1985, como una conducta constitucionalmente admisible solo en determinados supuestos excepcionales, a configurarse ahora como un nuevo derecho fundamental (Rodríguez Ruiz, 2023, pp. 516-517).

El problema no es solo el resultado, sino la forma en que el Tribunal llega a él. La sentencia no afronta de manera suficientemente clara su relación con la STC 53/1985, que había construido el análisis constitucional del aborto desde la perspectiva de la protección de la vida del nasciturus, avalando un sistema de indicaciones que permitía el aborto solo en caso de peligro para la vida de la madre, cuando el embarazo había sido resultado de una agresión sexual o en caso de malformaciones graves en el feto. En cambio, la sentencia de 2023 parte del derecho de la mujer a interrumpir el embarazo y relega la protección de la vida prenatal a la mera voluntad de la progenitora. Para Díaz Revorio, ello supone una inversión completa del enfoque jurisprudencial, que el Tribunal debió haber reconocido expresamente y justificado de forma abierta, en lugar de minimizar la relevancia del precedente (2024, pp. 307-308). Desde esta perspectiva, la sentencia sobre el aborto muestra un uso excesivo o extralimitado de la interpretación evolutiva. No se trataría ya de adaptar el significado del texto constitucional a una determinada realidad social, como sucedía con el matrimonio, sino de transformar una opción legislativa en un derecho fundamental nuevo, vedando opciones legislativas futuras o modelos distintos por los que podría optar el legislador cuando no hay nada en la Constitución que los impida. Si el aborto se configura como derecho constitucional, el margen del legislador para revisarlo o

redefinirlo queda fuertemente condicionado. Por eso, el tribunal deja de ser deferente con el legislador, al constitucionalizar una solución que anteriormente era solo legal y darle un valor constitucional, impidiendo opciones legislativas distintas sin una base constitucional.

A MODO DE CONCLUSIÓN: EL VERDADERO VALOR DE LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA

La comparación entre los tres supuestos permite ver con claridad que, en los tres casos en que el Tribunal Constitucional utiliza la interpretación evolutiva y la doctrina del “árbol vivo”, lo hace para resolver conflictos en los que la Constitución no proporciona una respuesta textual cerrada. En este sentido, la interpretación evolutiva puede ser útil para cambiar la forma en que se concebía el significado de un determinado precepto constitucional o la manera en que este era interpretado, tal y como hizo la Corte Suprema de Canadá en el *Persons case* o como hizo el Tribunal Constitucional español en el caso relativo a la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional español va más allá del *living tree* y sobrepasa lo que Sankey denominara como “*natural limits*”, haciendo decir a la Constitución lo que no dice, al atribuir al texto constitucional un significado que no se desprende razonablemente de su tenor. El problema radica en que, en los dos últimos casos, el alto tribunal español no solo avala la constitucionalidad de la ley, sino que proclama derechos que no existen en la Constitución. Esta es la diferencia crucial que existe entre el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo, donde el Tribunal Constitucional se limita a afirmar que la opción del legislador es constitucionalmente posible, y los casos relativos al aborto y a la eutanasia, en los que el alto tribunal pasa a sostener que lo recogido legalmente por el legislador forma parte ya del contenido constitucionalmente protegido de derechos fundamentales y que cualquier otra opción legislativa que determinase un ámbito de libertad menor de estas materias sería inconstitucional.

Desde este punto de vista, parece más bien que el Tribunal Constitucional utiliza la interpretación evolutiva para limitar la libertad del legislador, en lugar de para abrir nuevas posibilidades de aplicación del texto constitucional a nuevas realidades. Siendo, de esta forma, la interpretación evolutiva una herramienta utilizada para

apartarse de su doctrina anterior sin una justificación argumentativa suficiente, en supuestos en los que el Tribunal Constitucional ya se había pronunciado en sentido contrario, y llevar a cabo una actuación más propia del activismo judicial que del intérprete de la Constitución, al reconocer derechos constitucionales que no tienen una base constitucional sólida y yendo más allá del propio tenor literal de la Constitución. Si se tratasen realmente de derechos que se derivaran de la interpretación del texto constitucional y no se excediese su tenor literal al reconocerlos, en el caso del aborto, por ejemplo, si fuese fácilmente concebido como un derecho fundamental, no se habría propuesto una reforma constitucional para modificar el art. 43 de la Constitución con el objetivo de “blindar” el derecho²²⁸.

De este modo, en el uso de la interpretación evolutiva que se ha hecho, el tribunal deja de interpretar la Constitución y traspasa los límites de una adecuada lectura evolutiva, pues no se limita a interpretar, sino que crea nuevos derechos sin el suficiente respaldo ni en la Constitución ni en la sociedad, difuminando el límite entre justicia constitucional y poder de reforma. El constitucionalismo no se basa en el reconocimiento de nuevos derechos a las minorías, como sostiene Valero Heredia (2024, pp. 54-59), sino en la garantía de un mínimo de libertad e igualdad para todos los ciudadanos (Aragón Reyes, 2019, p. 18) y para asegurar esa igual libertad surge la Constitución y la justicia constitucional como control jurisdiccional que asegure que los poderes constituidos actúen siempre sometidos a la Constitución. Por este motivo, el Tribunal Constitucional no puede inventarse límites al legislador inexistentes en el texto constitucional, y la creación de nuevos derechos en los términos en que se ha hecho conlleva precisamente esta consecuencia.

No obstante lo anterior, ello no quiere decir que la interpretación evolutiva sea inútil o ilegítima, como defenderían los partidarios más radicales del originalismo norteamericano. Al contrario, esta puede ser útil, incluso necesaria, para permitir la adaptación del texto constitucional cuando las vías de reforma son muy rígidas. Pero la actuación del tribunal en ningún caso puede ir más allá de una interpretación objetivada de la Constitución (Aragón Reyes, 2019, p. 25), que además ha de respetar

²²⁸ Al respecto, véase la nota de prensa del Gobierno de España, con fecha de 14 de octubre de 2025: “El Consejo de Ministros aprueba el anteproyecto de reforma del artículo 43 de la Constitución española para blindar el derecho a la interrupción del embarazo”, disponible en: <https://www.igualdad.gob.es/comunicacion/sala-de-prensa/el-consejo-de-ministros-aprueba-el-%20anteproyecto-de-reforma-del-articulo-43-de-la-constitucion-espanola-para-blindar-el-derecho-a-la-interrupcion-del%20embarazo/>

en todo momento su tenor literal como límite infranqueable (Aragón Reyes, 2015, p. 319; y Acosta-Massó, 2024, pp. 301-307). De otro modo, se relativiza el contenido normativo de la Constitución y deja de tener sentido su rigidez, sus garantías, e incluso la distinción entre poder constituyente y poder constituido.

Por ello, de las consideraciones anteriores pueden extraerse dos conclusiones:

En primer lugar, que la interpretación evolutiva es necesaria y sirve realmente para actualizar el significado de los preceptos constitucionales y acomodarlos a nuevas realidades no previstas en el momento de la fundación de la norma constitucional, pero no para inventarse nuevos derechos, reglas o principios que, sin estar recogidos en el texto constitucional y sin tener un apoyo suficiente en su contenido, limiten la libertad del legislador o de otros poderes constituidos.

En segundo lugar, es posible acudir a la interpretación evolutiva para sostener la creación de nuevos derechos constitucionales, pero en este caso se trata de una operación que ha de seguirse con gran cautela y que debe reunir siempre una serie de requisitos: Por un lado, nunca puede sostenerse una interpretación evolutiva para restringir la igual libertad de todos los ciudadanos, pues garantizarla es el fin último de la Constitución. Y, por otro lado, la creación de nuevos derechos debe encontrarse siempre estrechamente conectada con una norma constitucional, de modo que el reconocimiento del nuevo derecho sea una garantía de su cumplimiento, puesto que sin ese derecho el cumplimiento del precepto constitucional se vería seriamente amenazado. Además, debe venir siempre respaldada por un amplio consenso por parte de la comunidad, de la sociedad cuya evolución exige ese cambio, no bastando con una mayoría coyuntural, sino con un respaldo muy considerable que se aleje de la mera mayoría. Pues no debemos olvidar que las constituciones son rígidas para asegurar, precisamente, que las disposiciones fundamentales de una comunidad política queden a salvo de las cambiantes mayorías coyunturales. Por eso, de nada serviría la rigidez constitucional si el Tribunal Constitucional tuviera poder para “constitucionalizar” determinadas opciones que se basan en el parecer de una mera mayoría, y mucho menos cuando esta mayoría ni siquiera refleja el parecer de la sociedad en conjunto, sino únicamente el de la mayoría parlamentaria.

Estos elementos —tanto la existencia de una base constitucional sólida, como un respaldo social suficiente— se encuentran ausentes en el caso del aborto y de la eutanasia para poder ser reconocidos como nuevos derechos fundamentales. De ahí

que deban calificarse, según nuestra postura, las resoluciones que los reconocen como una extralimitación del Tribunal Constitucional en el uso de la interpretación evolutiva.

BIBLIOGRAFÍA

Ackerman, B. (2007). “The Living Constitution”. *Harvard Law Review*, 120 (7), 1737-1812.

Acosta-Massó, A. (2024). *La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos* [Tesis doctoral]. Gómez-Montoro, Á. J. (dir.). Pamplona: Universidad de Navarra.

Aragón Reyes, M. (2015). “¿Cambiar la constitución para adaptarla o para transformarla?”. *Teoría y Realidad Constitucional*, 36, 313-327.

Aragón Reyes, M. (2019). “El futuro de la justicia constitucional”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 23 (1), 11–41. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.23.01>

Balkin, J. M. (2011). *Living Originalism*. Harvard University Press, Belknap Press.

Beard, Charles A. (1936). “The Living Constitution”. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 185, 29-34.

De Montalvo Jääskeläinen, F. (2025). “La interpretación evolutiva de la Constitución en manos del Tribunal Constitucional: ¿una suerte de *deus ex machina* argumentativa?”. *Revista General de Derecho Constitucional*, 42, 144-191.

Díaz Revorio, F. J. (2024). “De la «Constitucionalidad sobrevenida» a la «fundamentalización» de derechos de rango legal: algunas consideraciones sobre los requisitos y límites de la interpretación evolutiva al hilo de los casos del matrimonio homosexual, el aborto y la eutanasia”. *Constitución y control jurisdiccional del poder: estudios en homenaje a Eduardo Espín*, Valencia: Tirant lo Blanch, 275-317.

García-Pelayo, M. (1984). *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza Editorial.

Hogg, P. W. (1987). “The Charter of Rights and American Theories of Interpretation”. *Osgoode Hall Law Journal*, 25 (1), 87-114. Disponible en: <https://doi.org/10.60082/2817-5069.1846>.

McBain, H. L. (1928). *The Living Constitution*. New York City: The Macmillan Company.

Powell, J. H. (2008). *Constitutional Conscience: The Moral Dimension of Judicial Decision*. The University of Chicago Press.

Rodríguez Ruiz, B. (2023). “Consensuando el disenso: autodeterminación reproductiva y ciudadanía democrática”. *Teoría y Realidad Constitucional*, 52, 495-519.

Rubio Llorente, F. (1993). *La Forma del Poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Sachs, S. E. (2014). “Originalism as a Theory of Legal Change”. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 38 (3), 817-888.

Sharpe, R. J., y McMahon, P. I. (2007). *The Persons Case: The Origins and Legacy of the Fight for Legal Personhood*. Toronto: University of Toronto Press.

Strauss, D. A. (2010a). *The Living Constitution*. Oxford University Press.

Strauss, D. A. (2010b). “The Living Constitution”. *University of Chicago Law School*. Disponible en: <https://www.law.uchicago.edu/news/living-constitution>.

Valero Heredia, A. (2024). “El «tradicionalismo»: alcance y riesgos del último estándar de interpretación constitucional de la Corte Suprema estadounidense en materia de derechos”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 132, 45-70. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.132.02>.

8. EL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO Y LOS LÍMITES SUPRANACIONALES. LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO DE LA UE COMO CLÁUSULA DE INTANGIBILIDAD

María Barril Rodríguez-Arana

Universidad Complutense de Madrid

Personal investigador en formación (FPU)

ÍNDICE: I. INTRODUCCIÓN. II. CUESTIONES CONTROVERTIDAS DE LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN ESLOVACA DE 2025 ORIENTADA A *LA PROTECCIÓN DE LA IDENTIDAD NACIONAL* 1. La Opinión Urgente de la Comisión de Venecia de septiembre de 2025. 1.1. La soberanía nacional y supremacía constitucional. 1.2. Derecho de familia, derechos parentales y educación. 1.3. Género, sexo e igualdad. 2. La Carta de emplazamiento de la Comisión Europea por incumplimiento de los principios fundamentales de la Unión Europea de noviembre de 2025. III. LA SUJECCIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO NACIONAL AL DERECHO DE LA UNIÓN. 3. La teoría de la Constitución Red y el poder constituyente dual. 4. Mandatos constitucionalmente relevantes del Derecho primario integran la propia Constitución porque son decisión básica del poder constituyente. IV. CONCLUSIÓN: LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES ESTRUCTURALES DEL DERECHO DE LA UE (PRIMACÍA, EFICACIA DIRECTA, AUTONOMÍA) SON CLÁUSULA DE INTANGIBILIDAD Y LÍMITE A LA REFORMA DE LAS CONSTITUCIONES NACIONALES.

RESUMEN. Este trabajo examina la reforma de la Constitución eslovaca de 2025 orientada a la protección de la “identidad nacional” y la reacción que ha suscitado en el Derecho europeo. Se analizan, en primer lugar, las objeciones formuladas por la Comisión de Venecia, especialmente en materia de soberanía nacional, familia, educación y género. En segundo lugar, se estudia la carta de emplazamiento remitida por la Comisión Europea, centrada en la incompatibilidad del nuevo art. 7 de la Constitución eslovaca con los principios de primacía, autonomía, efectividad y aplicación uniforme del Derecho de la Unión. A partir de ello, se sostiene que el caso eslovaco refleja una tendencia característica del constitucionalismo europeo

contemporáneo: la sujeción del poder de reforma constitucional nacional a límites derivados del Derecho supranacional. Desde la teoría de la Constitución red, se defiende que los principios estructurales del Derecho de la Unión operan como límite material frente a reformas constitucionales nacionales incompatibles con ellos.

INTRODUCCIÓN

La reforma constitucional eslovaca de septiembre de 2025 constituye un hito particularmente significativo en la evolución del constitucionalismo europeo contemporáneo, en la medida en que sitúa en primer plano una cuestión hasta ahora fundamentalmente teórica: la posible sujeción del poder constituyente derivado (el poder de reforma constitucional) al Derecho supranacional.

Tradicionalmente, esta problemática se había planteado en relación con CEDH, en cuyo marco el TEDH ha ejercido un control indirecto sobre reformas constitucionales nacionales²²⁹. Sin embargo, el caso eslovaco introduce un elemento cualitativamente novedoso: la intervención directa de la Comisión Europea mediante un procedimiento de infracción dirigido contra una reforma constitucional en cuanto tal, por su incompatibilidad con los principios estructurales del Derecho de la Unión.

En efecto, el procedimiento incoado frente a Eslovaquia representa el segundo recurso por incumplimiento centrado en los principios fundamentales del Derecho de la Unión, tras el precedente del asunto *Comisión / Polonia (2025)*²³⁰, relativo al control ultra vires ejercido por el Tribunal Constitucional polaco. No obstante, el caso eslovaco presenta una novedad decisiva: por primera vez, el objeto del procedimiento no es una actuación jurisdiccional, sino el propio ejercicio del poder constituyente de reforma.

²²⁹ En el asunto *Rekvényi c. Hungría* (sentencia de 20 de mayo de 1999), el TEDH fiscalizó una enmienda a la Constitución húngara que prohibía la militancia política a los miembros de las fuerzas de seguridad, tratándola analíticamente como si fuera una norma legal ordinaria y verificando su compatibilidad con el Convenio. Por su parte, en *Wille c. Liechtenstein* (sentencia de 28 de octubre de 1999), la intervención del Tribunal incidió sobre un elemento estructural del régimen como es la inmunidad e irresponsabilidad del Jefe del Estado (el Príncipe), forzando una alteración material en el equilibrio de poderes al margen de los procedimientos internos de reforma. Finalmente, en el caso *Sejdić y Finci c. Bosnia y Herzegovina* (sentencia de 22 de diciembre de 2009), donde el TEDH declaró la incompatibilidad con el CEDH de disposiciones constitucionales que restringían las candidaturas presidenciales basándose en criterios étnicos, evidenciando que el poder constituyente no es inmune a la supervisión internacional

²³⁰ Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 18 de diciembre de 2025, *Comisión / Polonia (Contrôle ultra vires de la jurisprudence de la Cour - Primauté du droit de l'Union)*, asunto C-448/23.

Este desplazamiento del conflicto al plano del poder constituyente obliga a replantear las categorías tradicionales del Derecho constitucional. En este contexto, la teoría de la Constitución Red (Bustos, 2005) ofrece un marco particularmente adecuado para comprender la interacción entre ordenamientos, al concebir la Constitución no como un sistema cerrado, sino como un nodo en una estructura multinivel en la que confluyen normas y principios de diversa procedencia. Desde esta perspectiva, los principios estructurales del Derecho de la Unión —en particular, la primacía, la eficacia directa y la autonomía— no operan únicamente como reglas de conflicto, sino como mandatos constitucionalmente relevantes (Cruz, 2025) que integran la propia decisión constituyente de los Estados miembros en el momento de su adhesión a la Unión.

La tesis que se defiende en este trabajo es que dichos principios han adquirido una función equivalente a una cláusula de intangibilidad, en la medida en que limitan el poder de reforma constitucional nacional. En otras palabras, el poder constituyente derivado no puede desconocer aquellos elementos estructurales del ordenamiento europeo que condicionan la pertenencia misma a la Unión.

El análisis del caso eslovaco, a la luz tanto de la Opinión de la Comisión de Venecia como de la actuación de la Comisión Europea, permite así poner de manifiesto la emergencia de un nuevo paradigma en el constitucionalismo europeo: la progresiva consolidación de límites supranacionales al poder de reforma constitucional, que ya no se circunscriben a la protección de derechos fundamentales, sino que alcanzan a los propios fundamentos estructurales del ordenamiento jurídico de la Unión.

Cuestiones controvertidas de la reforma de la Constitución eslovaca de 2025 orientada a la *protección de la identidad nacional*

La República de Eslovaquia ha llevado a cabo una reforma de la Constitución en septiembre de 2025. Ha sido objeto tanto de una Opinión Urgente de la Comisión de Venecia (septiembre de 2025) como de una carta de emplazamiento de la Comisión Europea por incumplimiento de los principios fundamentales del Derecho de la Unión. A continuación, exponemos los preceptos constitucionales a los que se han añadido nuevos apartados.

- Art. 7²³¹:
 - (6) *La República Eslovaca conserva su soberanía, en particular en materias de identidad nacional, que comprenden, entre otras, las cuestiones culturales y éticas fundamentales relativas a la protección de la vida y de la dignidad humana, a la vida privada y familiar, al matrimonio, a la paternidad y la maternidad y a la familia, a la moral pública, al estado civil, a la cultura y a la lengua, así como la adopción de decisiones en las materias conexas en los ámbitos de la salud, la ciencia, la educación, el estado civil y el derecho sucesorio.*
 - (7) *Nada de lo dispuesto en esta Constitución y en las leyes constitucionales se interpretará como una aprobación por parte de la República Eslovaca de la transferencia del ejercicio de parte de sus derechos en materias que constituyan la identidad nacional.*
- Art. 15 (5) *Queda prohibido celebrar acuerdos para dar a luz a un niño para otra persona.*
- Art. 36 (3) *Se garantizará la igualdad entre hombres y mujeres en la remuneración por el trabajo realizado.*
- Art. 41:
 - (2) *Los progenitores de un menor serán la madre y el padre; la madre del menor será una mujer y el padre del menor será un hombre.*
 - (5) *Un menor podrá ser adoptado por los cónyuges, o por un cónyuge que esté casado con uno de los progenitores del menor, o por el cónyuge superviviente del progenitor o del adoptante del menor. Excepcionalmente, una persona soltera también podrá adoptar a un menor si la adopción responde al interés superior del menor. La adopción será decidida por el tribunal.*
 - (8) *La educación y formación de los menores en materia de vida íntima y comportamiento sexual solo podrá impartirse con el consentimiento del representante legal. La educación orientada a la protección de la salud, la integridad física y la*

²³¹ El apartado 2º del art. 7 de la Constitución eslovaca es la habilitación constitucional de la integración de Eslovaquia en la Unión Europea: “La República Eslovaca podrá, mediante un tratado internacional ratificado y promulgado de la manera establecida por la ley, o sobre la base de dicho tratado, transferir el ejercicio de una parte de sus derechos a las Comunidades Europeas y a la Unión Europea. Los actos jurídicamente vinculantes de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea tendrán primacía sobre las leyes de la República Eslovaca”.

prevención de abusos formará parte de la educación general de los menores en una forma adecuada a su edad.

(9) Los detalles de los derechos previstos en los apartados (1) a (8) serán establecidos por ley.

- Se añade un nuevo art. 52 a: *La República Eslovaca reconoce únicamente los sexos biológicamente determinados de masculino y femenino.*

El análisis conjunto de la Opinión de la Comisión de Venecia y de la carta de emplazamiento de la Comisión Europea revela una significativa convergencia en la identificación de los riesgos estructurales derivados de la reforma constitucional eslovaca, aunque también pone de manifiesto diferencias relevantes en cuanto al enfoque y al objeto del control.

En particular, ambas instituciones coinciden en señalar que la reformulación del art. 7 introduce un potencial mecanismo de excepción frente a obligaciones internacionales y europeas, susceptible de comprometer la seguridad jurídica y la coherencia del ordenamiento. Sin embargo, mientras la Comisión de Venecia adopta un enfoque material amplio —que abarca también cuestiones relativas a derechos fundamentales—, la Comisión Europea se centra exclusivamente en la dimensión estructural del Derecho de la Unión, en particular en los principios de primacía, autonomía, efectividad y aplicación uniforme.

Esta divergencia metodológica no implica una contradicción, sino que refleja la distinta naturaleza de ambos órganos: la Comisión de Venecia actúa como órgano consultivo en materia de democracia y Estado de Derecho, mientras que la Comisión Europea ejerce funciones de garante del cumplimiento del Derecho de la Unión. En conjunto, ambas intervenciones configuran un marco de control multinivel que pone de manifiesto la creciente interdependencia entre el constitucionalismo nacional y el ordenamiento jurídico europeo.

La Opinión Urgente de la Comisión de Venecia (septiembre de 2025)²³²

La Opinión Urgente de la Comisión de Venecia fue solicitada el 23 de junio de 2025 por la Presidenta de la Comisión de Seguimiento de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y emitida el 24 de septiembre de 2025 conforme al procedimiento

²³² Comisión de Venecia, CDL-PI(2025)011.

de urgencia previsto en el art. 14a de su Reglamento revisado; posteriormente, fue refrendada en la 144.ª sesión plenaria de 9 y 10 de octubre de 2025.

Desde el punto de vista procedimental, la Comisión consideró que la tramitación de la reforma constitucional eslovaca no había garantizado consultas “significativas”, pues estas se produjeron tardíamente, después de la segunda lectura parlamentaria, cuando la tercera lectura ya no permitía modificaciones sustantivas. De este modo, la Comisión situó desde el inicio el caso no solo en el plano del contenido material de la reforma – que desarrollamos a continuación –, sino también en el de las exigencias de transparencia, inclusividad y deliberación propias de un proceso democrático de revisión constitucional.

La soberanía nacional y la supremacía constitucional

Las modificaciones del art. 7 de la Constitución eslovaca sitúan en el centro del debate la tensión entre la soberanía estatal, identidad constitucional y la lealtad a las obligaciones internacionales. Si bien el respeto a la identidad nacional es un principio garantizado en el art. 4.2 del Tratado de la Unión Europea – y, por ello, un elemento legítimo del constitucionalismo europeo – su formulación en el texto eslovaco incurre en una vaguedad que, según la Comisión de Venecia, crea un riesgo inasumible de arbitrariedad e imprevisibilidad (ap. 38) y, por tanto, introduce riesgos sistémicos desde la perspectiva del Estado de Derecho. Al utilizar cláusulas abiertas como «en particular» para definir los ámbitos de identidad nacional, el Estado pretende reservarse un ámbito de decisión unilateral potencialmente ilimitado (Faraguna, 2026, p. 3). Esta indeterminación no es neutra: puede dar lugar a interpretaciones divergentes y arbitrarias por parte de los poderes públicos, erosionando la seguridad jurídica y debilitando la protección de los derechos fundamentales (ap. 38 y 42).

Esta pretensión choca frontalmente con el principio *pacta sunt servanda* y la prohibición de invocar el derecho interno, incluso de rango constitucional, para justificar el incumplimiento de obligaciones internacionales (ap. 34). La Comisión de Venecia es taxativa al advertir que un Estado miembro no puede arrogarse un «derecho a elegir» (*pick and choose*) qué sentencias de tribunales como el TJUE o el TEDH acata bajo el escudo de su identidad nacional (ap. 36).

En particular, la introducción del nuevo apartado 7 del art. 7, al negar cualquier transferencia de competencias en materias de identidad nacional, puede interpretarse

como una cláusula de cierre frente al Derecho de la Unión y al sistema del CEDH. Ello genera una tensión directa con otras disposiciones constitucionales que reconocen la primacía del Derecho internacional y permiten la transferencia de competencias a la Unión (ap. 40). Esta incoherencia interna no solo compromete la unidad del texto constitucional, sino que puede servir como fundamento para cuestionar la aplicabilidad del Derecho europeo, socavando así la arquitectura jurídica en la que se integra Eslovaquia (ap. 42). Así, al intentar revocar de forma retroactiva transferencias de competencias ya aceptadas, el apartado 7 del art. 7, representa un intento de aislamiento normativo incompatible con la naturaleza abierta de la Constitución del Estado Miembro (Faraguna, 2026, p. 4; Cruz, 2025, p. 132).

Ahora bien, la Comisión no desconoce el margen de apreciación de los Estados en materias sensibles vinculadas a la identidad nacional. De acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, corresponde en principio a las autoridades nacionales determinar el equilibrio (*where the fair balance lies*) entre el interés público y los derechos individuales, especialmente en ámbitos donde no existe consenso europeo (ap. 33). Sin embargo, este margen no es ilimitado: se reduce significativamente cuando están en juego aspectos esenciales de la identidad personal o derechos fundamentales, lo que impide su invocación como fundamento para eludir obligaciones internacionales.

Derecho de familia, derechos parentales y educación

En el ámbito del Derecho de familia, la reforma eslovaca traslada al plano constitucional definiciones que buscan blindar un modelo social específico, lo que plantea riesgos de petrificación del ordenamiento frente a la evolución de los estándares internacionales de derechos fundamentales (ap. 52). La definición binaria de progenitores —«madre (mujer) y padre (hombre)»— y la restricción de la adopción preferentemente a parejas casadas (art. 41) pretenden limitar el margen de actuación de los tribunales nacionales e internacionales (ap. 49-50).

En este ámbito, la Comisión de Venecia adopta un enfoque más matizado, reconociendo un amplio margen de apreciación estatal, pero insistiendo en la existencia de límites derivados de los derechos fundamentales.

Así, en relación con la **prohibición constitucional de la gestación subrogada** (art. 15), la Comisión constata la ausencia de consenso entre los Estados miembros del

Consejo de Europa y, en consecuencia, admite que estos disponen de un amplio margen de apreciación para autorizar o prohibir esta práctica (apdo. 45). Desde esta perspectiva, la prohibición no resulta, per se, contraria a los estándares europeos de derechos humanos (apdo. 46).

Mayor complejidad presenta la regulación de la **adopción**. (art. 41) La Comisión recuerda que, aunque el art. 8 CEDH no reconoce un derecho autónomo a la adopción, las decisiones en esta materia se sitúan en el ámbito de la vida privada y familiar y deben regirse por el principio del interés superior del menor (ap. 49). Asimismo, si el Estado decide establecer un régimen de adopción, este queda sometido a la prohibición de discriminación del art. 14 CEDH (ap. 49).

En este contexto, si bien los Estados gozan de un margen de apreciación en relación con la apertura del matrimonio o de la adopción a parejas del mismo sexo —dado el escaso consenso europeo (ap. 50)—, dicho margen se encuentra limitado por exigencias materiales estrictas. En particular, toda restricción debe superar un test de proporcionalidad (legalidad, finalidad legítima y necesidad) y respetar el principio de no discriminación, siendo especialmente exigente el escrutinio cuando la diferencia de trato se basa en la orientación sexual (ap. 50). De este modo, la Comisión subraya que el interés superior del menor debe constituir el criterio rector de toda decisión en materia de adopción, lo que excluye valoraciones basadas en prejuicios generales o categorías abstractas (ap. 50 y 53).

La constitucionalización de un modelo restrictivo —que privilegia a las parejas heterosexuales casadas— no resulta, en sí misma, contraria al Convenio, pero sí tiene un efecto estructural relevante: eleva considerablemente el umbral de reforma futura y cristaliza determinadas opciones políticas en el nivel constitucional (ap. 52). En este sentido, la Comisión advierte del riesgo de petrificación del ordenamiento en ámbitos donde el Derecho europeo se encuentra en evolución.

Por lo que respecta a la **educación** (art. 41), la supeditación de la formación sexual al consentimiento del representante legal introduce una tensión con el deber estatal de proporcionar una educación objetiva y pluralista (ap. 56). La reforma refuerza el papel de los progenitores en la autorización de determinados contenidos educativos, especialmente en materia de educación sexual. Si bien este reconocimiento encuentra fundamento en el art. 2 del Protocolo n.º 1 del CEDH (ap. 56), la Comisión insiste en que dicho derecho no es absoluto y debe conciliarse con dos exigencias

fundamentales: el derecho del menor a recibir información adecuada para su desarrollo y la obligación del Estado de garantizar una educación accesible, objetiva y no discriminatoria (ap. 56), evitando que el sistema educativo se convierta en un instrumento de adoctrinamiento que ignore la prevención de abusos. Asimismo, la Comisión señala posibles problemas de coherencia interna en la redacción de la disposición, que pueden generar incertidumbre en su aplicación práctica (ap. 55).

En consecuencia, aunque las opciones sustantivas del legislador constitucional se sitúan en gran medida dentro del margen de apreciación estatal, su formulación rígida y su elevación al rango constitucional plantean riesgos desde la perspectiva de la protección efectiva de los derechos fundamentales.

Género, sexo e igualdad

Las disposiciones relativas a género, sexo e igualdad ponen de manifiesto, de nuevo, la tensión entre el margen de apreciación estatal y los límites derivados del principio de no discriminación.

La introducción del nuevo artículo 52a, que reconoce únicamente el sexo «biológicamente determinado», constituye un nudo crítico de conflicto con el derecho a la identidad personal y derecho al respeto de la vida privada protegido bajo el art. 8 CEDH (ap. 64). Si bien la Comisión reconoce la inexistencia de un consenso europeo en torno al reconocimiento de un tercer género —lo que justifica un cierto margen de apreciación estatal (ap. 63 y 65)—, advierte que la constitucionalización de una concepción estrictamente binaria del sexo no puede legitimar medidas discriminatorias basadas en la orientación sexual o la identidad de género (apdo. 65). Asimismo, la Comisión subraya que el Derecho internacional de los derechos humanos ha evolucionado hacia el reconocimiento de un derecho a la autoidentidad, que incluye la dimensión de género. En consecuencia, recomienda eliminar la referencia a lo “biológicamente determinado” y establecer procedimientos claros, accesibles y transparentes para el reconocimiento jurídico del cambio de sexo registral (apdo. 79).

Como consecuencia, la Comisión de Venecia recomienda suprimir esta referencia biológica, advirtiendo que la constitucionalización de una visión estrictamente binaria no puede servir de base para legitimar medidas discriminatorias en la legislación

posterior o para impedir procedimientos transparentes de cambio de registro de sexo (ap. 65 y 80).

Por el contrario, la garantía de igualdad retributiva (art. 36.3) es valorada como un avance simbólico y normativo que se alinea con las obligaciones derivadas del artículo 157 TFUE (ap. 67, 71).

La Carta de emplazamiento de la Comisión Europea por incumplimiento de los principios fundamentales de la Unión Europea (noviembre de 2025) ²³³

A diferencia del enfoque amplio adoptado por la Comisión de Venecia, la reacción de la Comisión Europea frente a la reforma constitucional eslovaca se caracteriza por una deliberada focalización material: el procedimiento de infracción incoado mediante carta de emplazamiento (de noviembre de 2025)²³⁴ se dirige exclusivamente contra las modificaciones introducidas en el art. 7 de la Constitución, en la medida en que estas afectan directamente a los principios estructurales del ordenamiento jurídico de la Unión.

Resulta llamativo que en el reproche formulado por la Comisión no se invoca directamente la vulneración de derechos fundamentales ni de los valores del art. 2 TUE, sino que se limita a denunciar la infracción de los principios estructurales del ordenamiento jurídico de la Unión. Esta elección contrasta con otros procedimientos recientes —como el asunto *Comisión / Hungría (Valeurs de l’Union)* relativo a la legislación considerada por la AG como “anti-LGBTI”— en los que la Comisión ha articulado su recurso en torno a la violación de derechos fundamentales y libertades del mercado interior, los derechos fundamentales así como los valores fundamentales del art. 2 TUE²³⁵. En el caso eslovaco, en cambio, la estrategia parece orientada a

²³³ Procedimiento de infracción INFR(2025)2208. Publicado en el *Paquete de procedimientos de infracción de noviembre: principales decisiones* (publicado el 21 de noviembre de 2025). Accesible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/inf_25_2481 (accedido el 2 de abril de 2026).

²³⁴ La Comisión había puesto previamente en conocimiento de las autoridades eslovacas sus objeciones respecto de las enmiendas proyectadas; no obstante, estas fueron finalmente adoptadas sin atender a dichas preocupaciones. La actuación de la Comisión se sitúa en la fase precontenciosa del procedimiento de infracción [INFR(2025)2208]. La carta de emplazamiento constituye un requerimiento formal de información y de adecuación al DUE, otorgando al Estado miembro un plazo —habitualmente de dos meses— para presentar sus observaciones y, en su caso, adoptar medidas correctoras. Solo en caso de respuesta insatisfactoria la Comisión podrá emitir un dictamen motivado y eventualmente interponer recurso ante el TJUE.

²³⁵ En dicho asunto, la Comisión Europea (recurso de 19 de diciembre de 2002, asunto C-769/22) cuestiona la compatibilidad con la libertad de prestación de servicios, los derechos fundamentales (a la dignidad, a la vida privada y familiar, libertad de información, prohibición de no discriminación). La legislación nacional controvertida limita el acceso a menores de contenido que populariza o representa la desviación de la

preservar el núcleo funcional del sistema jurídico europeo. Esta delimitación refuerza la idea de que el procedimiento no pretende evaluar el contenido material de la Constitución eslovaca en su conjunto, sino reaccionar frente a un elemento específico que pone en riesgo la estructura del ordenamiento de la Unión²³⁶.

En particular, la Comisión interpreta que las nuevas disposiciones (los apartados 6 y 7 incorporados al art. 7) permiten a las autoridades eslovacas —incluidos los órganos jurisdiccionales— evaluar si el Derecho de la Unión resulta aplicable y en qué medida, incluso en relación con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Esta facultad de control interno sobre la aplicabilidad del Derecho de la Unión constituye, a juicio de la Comisión, el núcleo del incumplimiento, pues introduce un mecanismo que relativiza la eficacia uniforme del Derecho europeo.

Sobre esta base, la Comisión articula su reproche en torno a la vulneración de cuatro principios fundamentales: primacía, autonomía, efectividad y aplicación uniforme del Derecho de la Unión. El argumento central es el siguiente: incluso cuando un Estado miembro ejerce su poder de reforma constitucional, tal competencia no puede ser utilizada para eludir las obligaciones derivadas de su pertenencia a la Unión.

Desde una perspectiva sistemática, la cuestión planteada trasciende el caso eslovaco y se inserta en una tensión estructural entre dos nociones de identidad constitucional. Como pone de relieve Faraguna, el procedimiento de infracción constituye el primer intento de confrontar directamente, a través del art. 258 TFUE, la identidad constitucional reivindicada por un Estado miembro con la identidad constitucional de la propia Unión, expresada en sus principios fundamentales (Faraguna, 2026). En este sentido, la Comisión no se limita a defender la primacía como regla técnica de resolución de conflictos normativos, sino que la eleva a elemento constitutivo del orden constitucional europeo.

Ahora bien, el conflicto no se agota en la afirmación abstracta del principio de primacía, sino que incide en la cuestión —teóricamente más compleja— de quién

identidad propia correspondiente al sexo de nacimiento, el cambio de sexo o la homosexualidad (en palabras de la Abogada General, “contenido LGTBI”). Principalmente, esta limitación se produce a través de dos medidas: la limitación de horarios de emisión de programas que se caracterizan en popularizar o representar *contenido LGTBI* (entre las 22.00 y 5.00 horas), así como su exclusión de la categoría de “comunicación de interés público o publicidad de utilidad social”) y la prohibición dirigida a profesionales vinculados con la cultura, vida, orientación y desarrollo sexual de popularizar *contenido LGTBI*.

²³⁶ En este sentido, el procedimiento se aproxima a los precedentes relativos a Polonia, en los que la Comisión ha utilizado el artículo 258 TFUE para responder a cuestionamientos directos del principio de primacía, si bien con una diferencia relevante: en el caso eslovaco, el conflicto se origina directamente en una reforma constitucional, y no en decisiones jurisdiccionales (Faraguna, 2026, pp. 3-4)

tiene la última palabra en la determinación del contenido de la identidad nacional en el sentido del art. 4.2 TUE. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha admitido que el respeto a la identidad nacional puede justificar determinadas limitaciones, pero ha establecido al mismo tiempo un marco procedimental y material estricto: corresponde exclusivamente al Tribunal de Justicia controlar la validez del Derecho de la Unión, y los órganos nacionales deben, en su caso, plantear una cuestión prejudicial en lugar de proceder a su inaplicación unilateral (Faraguna, 2026). En consecuencia, la reforma eslovaca introduce un modelo alternativo —basado en un control descentralizado de la aplicabilidad del Derecho de la Unión— que resulta incompatible con la lógica del sistema europeo, en la medida en que compromete la unidad interpretativa y la autoridad del Tribunal de Justicia.

SUJECCIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO NACIONAL AL DERECHO DE LA UNIÓN

El análisis de la reciente deriva constitucional en el Este de Europa —ejemplificada por el desafío jurisdiccional polaco y la reforma normativa eslovaca— trasciende la mera fricción política para situarse en el epicentro de un debate ontológico sobre la naturaleza de la soberanía en el siglo XXI. La pretensión de ciertos Estados miembros de utilizar la «identidad nacional» como un blindaje hermético frente al ordenamiento europeo obliga a replantear la validez de la premisa clásica que concebía al poder constituyente como una instancia omnimoda y exenta de control exterior (Bustos, 2005, p. 158). En el escenario contemporáneo, la pertenencia a la Unión Europea no puede entenderse como una simple vinculación internacional de carácter extrínseco, sino como un mandato material que reconfigura la norma suprema nacional desde su propio interior, dando lugar a lo que Cruz Villalón define como la «Constitución del Estado Miembro» (EUMSC) (Cruz, 2025, p. 132).

Este capítulo se propone fundamentar teóricamente cómo la integración supraestatal ha operado una mutación sustancial en la estructura de las normas fundamentales domésticas. Para ello, resulta indispensable acudir a marcos de análisis que superen la dicotomía tradicional entre monismo y dualismo, permitiendo comprender la interacción entre ordenamientos como un sistema de nudos interdependientes. En esta línea, se explorará la *Teoría de la Constitución Red*, que ofrece una respuesta a la quiebra de la unidad documental de la materia constitucional (Bustos, 2005, p. 176),

y se analizará el concepto de los *mandatos constitucionalmente relevantes* (del Derecho primario), los cuales actúan como instrucciones internalizadas por el propio poder constituyente originario en el momento de la adhesión (Cruz, 2025, p. 133).

Bajo este prisma, se defenderá que el ejercicio del poder de reforma constitucional ya no puede ser calificado de «inmune» (Bustos, 2005, p. 158). Al integrarse en la red, el Estado acepta una metaconstitucionalidad recíproca en la que el respeto a los valores del art. 2 TUE —singularmente el Estado de Derecho— deja de ser una opción política para convertirse en una «condición permanente» de validez y lealtad sistémica (Conclusiones del AG en el asunto C-448/23, ap. 92; y STJUE, ap. 179). A continuación, se desarrollan los pilares de esta construcción dogmática.

La teoría de la Constitución Red como marco: pluralidad documental de la materia constitucional y poder constituyente

La comprensión del constitucionalismo contemporáneo exige trascender la visión tradicional de la norma suprema como un marco de validez cerrado y puramente formal, para abrazar un concepto material de la materia constitucional que se encuentra hoy disperso en una pluralidad documental (Bustos, 2005, pp. 150, 176). Bajo este prisma, el contenido sustancial de la Constitución ya no se localiza exclusivamente en el texto fundamental nacional, sino que se integra por un conjunto heterogéneo de fuentes que incluyen los Tratados internacionales, la CDFUE y el CEDH, junto con la interpretación autorizada que de estos realizan el TJUE y el TEDH (Bustos, 2005, pp. 175-176). Esta realidad jurídica, caracterizada por la quiebra de la unidad documental, encuentra en la teoría de la «Constitución Red» de Bustos Gisbert y en la construcción de la «Constitución del Estado Miembro» (EUMSC) de Cruz Villalón los marcos conceptuales idóneos para resolver la aporía entre la soberanía estatal y la integración supraestatal.

La teoría de la Constitución Red describe un sistema de «nudos constitucionales» — estatales y supraestatales— que interactúan en una relación de recíproca interdependencia y mutua influencia, donde la norma nacional otorga la legitimidad original al proceso, pero el nudo supraestatal redefine materialmente el alcance de la propia soberanía interna mediante lo que Cruz denomina «mandatos constitucionalmente relevantes» (Bustos, 2005, pp. 189, 193; Cruz, 2025, p. 133). Estos mandatos, una vez internalizados, configuran una «Constitución europeizada»

o heterodeterminada sobre la cual el Estado pierde su poder autónomo de disposición (Cruz, 2025, p. 134). Surge así la noción de un «poder constituyente dual», según la cual el acto constituyente en el contexto de la integración ya no se agota en la autoorganización interna, sino que consiste, primordialmente, en decidir la posición del Estado dentro de la «red» (Bustos, 2005, pp. 158-159).

La integración implica una «metaconstitucionalidad recíproca» en la que el Estado acepta límites lógico-normativos infranqueables a su capacidad de autoorganización, desplazando el ejercicio de la soberanía absoluta hacia la decisión básica de permanecer o abandonar la red (art. 50 TUE). Sin embargo, mientras el Estado decida voluntariamente permanecer vinculado como nudo de la red, su poder de reforma constitucional —el constituyente derivado— deja de ser una instancia libre u omnipotente (instancia omnímoda o exenta de control exterior), quedando estrictamente «atado» por los mandatos materiales y lógico-normativos que impone la integración (Bustos, 2005, pp. 159, 169).

El fin de la inmunidad del poder de reforma nacional se manifiesta nítidamente cuando instancias supraestatales supervisan actos del soberano interno sin distinguir si la norma analizada es una ley ordinaria o un precepto constitucional (Bustos, 2005, p. 158). Ejemplos clásicos como el asunto *Rekvényi c. Hungría*, donde el TEDH fiscalizó una enmienda constitucional húngara, o el caso *Wille c. Liechtenstein*, que forzó alteraciones en elementos estructurales del régimen al margen de los procedimientos internos de reforma, demuestran que el poder constituyente derivado ya no es libre cuando afecta a derechos convencionales (Bustos, 2005, pp. 156, 157, 159).

Esta limitación material ha encontrado su verificación más crítica y reciente en la crisis de la denominada «identidad nacional» como escudo frente al Derecho de la Unión durante el año 2025. En el asunto *Comisión c. Polonia* (C-448/23), la Gran Sala del TJUE ratificó de forma taxativa que un Estado miembro no puede invocar disposiciones de su derecho interno, «ni siquiera de rango constitucional», para justificar el incumplimiento de las obligaciones derivadas de los valores del art. 2 TUE (ap. 191). El Tribunal subraya que, si bien se respeta la identidad nacional según el art. 4.2 TUE, esta no puede utilizarse como una cláusula de exclusión para dismantelar principios que, como el Estado de Derecho y la independencia judicial, forman parte de la identidad misma de la Unión (ap. 191).

De manera paralela, la República Eslovaca protagonizó un desafío similar mediante la enmienda de su Constitución de 26 de septiembre de 2025, pretendiendo blindar su soberanía en materias «éticas y culturales» para evaluar selectivamente la aplicación del Derecho de la Unión. Ante este movimiento, la Comisión de Venecia, en su Opinión Urgente de 24 de septiembre de 2025, advirtió que el concepto de «identidad nacional» no puede amparar un derecho a elegir qué decisiones de tribunales internacionales se acatan y cuáles no (*right to pick and choose*), pues la primacía y la autonomía de la Unión blindan materialmente estos principios frente a cualquier intento de regresión normativa interna (ap. 36 y 38 de la Opinión).

En definitiva, la primacía del Derecho de la Unión y el valor del Estado de Derecho actúan, en la praxis de la Constitución Red, como una cláusula de intangibilidad material exterior que define el contenido mínimo de la democracia nacional, cuya vulneración conlleva necesariamente la ruptura del sistema y la responsabilidad internacional del Estado (Bustos, 2005, pp. 159, 142).

Mandatos constitucionalmente relevantes del Derecho primario integran la propia Constitución porque son decisión básica del poder constituyente

La comprensión del fenómeno de la supraestatalidad exige, en la propuesta teórica de Cruz Villalón, trascender la visión plural de las constituciones estatales para abordar la «Constitución del Estado Miembro de la Unión Europea» (EUMSC) como una categoría normativa unitaria y singular (Cruz, 2025, p. 132). Esta construcción doctrinal no concibe la relación entre el ordenamiento europeo y el nacional como una interacción puramente externa o de mera jerarquía, sino como un proceso de internalización en el que ciertos impulsos procedentes del Derecho de la Unión se transforman en «mandatos constitucionalmente relevantes» que redefinen la norma suprema desde su interior (p.133). El resultado es una estructura constitucional tripartita que rompe con la tradicional pretensión de globalidad y omnicomprensividad de la Constitución estatal clásica, tal y como también advierte Bustos al señalar que las normas supremas nacionales devienen necesariamente parciales o incompletas en el marco de la integración (Bustos, 2005, p. 175).

El primer estrato de esta arquitectura es la denominada «Constitución europeizada» o heterodeterminada, integrada por aquel conjunto de contenidos que derivan directamente de las obligaciones impuestas por el Derecho primario de la Unión

(Cruz, 2025, p. 134). Lo decisivo en este nivel es que, una vez que el poder constituyente originario acepta la adhesión, el Estado pierde su poder autónomo de disposición sobre estos contenidos; estos se integran en el bloque constitucional nacional pero participan de la primacía y la eficacia propia del ordenamiento europeo (pp. 134, 136). Esta internalización de contenidos configura una «Constitución europeizada» o heterodeterminada que impone límites materiales infranqueables al poder de reforma constitucional interno.

Esta capa europeizada convive con una «Constitución autodeterminada» o residual, donde el Estado conserva su libertad para definir elementos como la forma de gobierno o el sistema electoral, si bien este espacio se encuentra en constante erosión por el carácter expansivo del mandato europeo y debe ceder, en virtud de la primacía funcional, ante cualquier conflicto con la capa heterodeterminada (p. 137).

Finalmente, la estructura se completa con la «Constitución en disputa» o de último recurso, espacio donde se localizan las cláusulas de identidad y los mecanismos de *controlimiti*. Es en este punto donde se manifiesta con mayor intensidad lo que Cruz Villalón describe como una relación de «metaconstitucionalidad recíproca»: la Constitución nacional otorga la legitimidad original al proceso de integración, pero el Derecho de la Unión proyecta sobre aquellos mandatos de homogeneidad que condicionan materialmente su validez (Bustos, 2005, p. 169; Cruz, 2025, p. 138). Esta interdependencia explica que la Constitución nacional no se limite a ceder competencias, sino que sufra una auténtica «mutación o transformación» generalizada de sus contenidos, reinterpretando sus propios principios a la luz del Derecho Comunitario (Bustos, 2005, pp. 160-161). Bajo este prisma teórico, los conflictos no se resuelven mediante la anulación de normas, sino a través de una «Constitución red» en la que los nudos nacionales y europeos interactúan para preservar la coherencia del sistema (Bustos, 2005, pp. 177, 196). Esta base conceptual permite identificar cómo la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia, especialmente en el control de las derivas contra el Estado de Derecho, ha venido a concretar mandatos imperativos que blindan la identidad democrática del Estado miembro frente a intentos de regresión normativa, como se observa nítidamente en el análisis del asunto C-448/23.

Sobre la base de la construcción teórica de la «Constitución del Estado Miembro» (EUMSC), descansa la afirmación fundamental de que el proceso de integración europea, con todos sus efectos y consecuencias normativas, no constituye un

fenómeno ajeno al sistema doméstico, sino que representa un mandato constitucional derivado de una decisión básica del poder constituyente (Bustos, 2005, p. 167; Cruz, 2025, p. 132). En este sentido, tanto Cruz Villalón como Bustos Gisbert, a través de su concepto de la «Constitución Red», convergen en una visión material de la norma suprema donde la soberanía se configura como una instancia compartida y abierta al exterior (Bustos, 2005, p. 169; Cruz, 2025, p. 133).

Esta apertura implica, en primer lugar, un proceso de internalización normativa que supera la dicotomía tradicional entre Derecho internacional y Derecho interno. Bustos sostiene que la incidencia del ordenamiento comunitario no se limita a un impacto extrínseco, sino que produce una auténtica «reinterpretación generalizada» de los contenidos y principios de la Constitución nacional (Bustos, 2005, p. 161). Para este autor, la integración no debe entenderse necesariamente como una reforma formal del texto, sino como una «mutación o transformación» sustancial del sentido de la norma suprema, la cual es plenamente aceptada por el poder constituyente en el marco de una realidad jurídica transnacional (pp. 160-161). Cruz Villalón refuerza esta idea al señalar que estos impulsos externos se transforman en «mandatos constitucionalmente relevantes» que, una vez recibidos, se integran en el bloque de constitucionalidad del Estado, perdiendo este su poder autónomo de disposición sobre los mismos (Cruz, 2025, pp. 133-134). Un poco más adelante nos detendremos en mandatos constitucionalmente relevantes que identifica Cruz Villalón.

Como consecuencia de esta imbricación, se produce lo que ambos autores identifican como la quiebra de la pretensión de globalidad u omnicomprensividad de la Constitución estatal clásica. Mientras que Cruz define la esfera de decisión estrictamente nacional como una capa «residual» o autodeterminada que debe coexistir con la parte europeizada del sistema, Bustos es tajante al señalar que las constituciones nacionales devienen necesariamente «incompletas o parciales» (Bustos, 2005, p. 175; Cruz, 2025, p. 137). En este escenario de «Constitución Red», un amplio sector del ejercicio del poder público ya no encuentra su regulación exclusiva en el texto nacional, sino que se desplaza hacia nudos normativos supraestatales que actúan como parámetros de validez concurrentes (Bustos, 2005, pp. 175, 192).

Finalmente, este desplazamiento de la centralidad constitucional no supone una merma de la legitimidad democrática, ya que ambos autores subrayan que esta

situación emana de una decisión originaria y consciente del poder constituyente nacional [152 (p. 166), 294 (p. 133)]. El uso de cláusulas de apertura, como el art. 93 de la Constitución Española, no constituye una mera transferencia competencial, sino la asunción de una «regla transformativa» que permite que la norma europea funcione como parámetro de validez y legitimidad de la propia vida constitucional interna [150 (p. 164), 152 (p. 166)]. En última instancia, la legitimidad de la integración se asienta en la voluntad del constituyente de participar en una estructura metaconstitucional recíproca, donde la norma nacional otorga la validez original al proceso y el Derecho de la Unión redefine materialmente los estándares de protección y organización del Estado [155 (p. 169), 314 (p. 138)].

Retomando el concepto de *mandatos constitucionalmente relevantes* del Derecho primario de la Unión que se dirigen a cada Estado miembro (en particular, a su Constitución), Cruz advierte que no pueden tomarse como meras instrucciones externas al ordenamiento nacional dirigidas al poder constituyente, sino que integran su propia Constitución (Cruz, 2025, p. 133). En otras palabras, ciertos «mandatos constitucionalmente relevantes» emanados del ordenamiento europeo dejan de ser meras obligaciones internacionales extrínsecas para integrarse en el núcleo de la norma suprema nacional por decisión del poder constituyente originario en el momento de la adhesión (p. 133). Entre dichos *mandatos constitucionalmente relevantes*, apunta los siguientes (p.135-136):

- La estatalidad: la exigencia de que el sujeto de la integración sea un "Estado" en sentido pleno (poder, territorio y pueblo), según el art. 4.2 TUE.
- Los valores del art. 2 TUE: la obligación de que la Constitución nacional se fundamente en la libertad, democracia, igualdad y, de forma imperativa, el Estado de Derecho.
- La estructura constitucional convencional: el mandato de respetar la separación de poderes y la garantía de los derechos (CDFUE), principios indispensables para que las instituciones nacionales colaboren en la arquitectura europea.
- Cláusulas procedimentales: la obligación de que actos como la adhesión (art. 49 TUE) o la retirada (art. 50 TUE) se realicen "conforme a sus normas constitucionales".

El análisis de la reciente jurisprudencia del TJUE, particularmente en el asunto *Comisión / Polonia* (C-448/23) permite identificar con precisión la operatividad de lo que Cruz Villalón denomina la «Constitución del Estado Miembro de la Unión

Europea» (EUMSC). Este asunto es de gran relevancia constitucional para el Derecho de la UE por varios motivos. En primer lugar, se trata del primer recurso por incumplimiento de los principios fundamentales del Derecho de la Unión Europea. Ha sido precedido por el asunto de la reforma constitucional eslovaca que nos ocupa. En segundo lugar, se trata del primer recurso por incumplimiento que tiene por objeto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional nacional. El TJUE anteriormente ya había conocido y se había pronunciado acerca de la jurisprudencia constitucional nacional y declarando su incompatibilidad con el DUE. Pero hasta ahora lo había hecho a través de procedimientos incidentales, vía cuestión prejudicial – en la que estrictamente el pronunciamiento se refiere a la interpretación del Derecho de la Unión *en el sentido de que se opone* a una normativa o acto administrativo como el nacional. En dicha sentencia, los principios de autonomía, primacía, eficacia directa y aplicación uniforme del Derecho de la Unión, así como el efecto vinculante de la jurisprudencia del TJUE son concebidos como principios fundamentales de la Unión Europea (ap. 196, 235).

Antes de analizar los *mandatos constitucionalmente relevantes*, es preciso recordar el objeto del recurso por incumplimiento que la sentencia del TJUE de diciembre de 2025 analiza. Se trata de la sentencia del Tribunal Constitucional polaco de 7 de octubre de 2021 (asunto K 3/21)²³⁷, en la que se declararon inconstitucionales

²³⁷ Incluimos con una traducción realizada por OpenAI Chatgpt la traducción de los fragmentos de la sentencia del Tribunal Constitucional polaco que la sentencia del TJUE incluye en inglés: «1. Los párrafos primero y segundo del artículo 1 [TUE], leídos conjuntamente con el artículo 4, apartado 3, [TUE] [...], en la medida en que la Unión Europea, establecida por Estados iguales y soberanos, que crean “una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa”, cuya integración, basada en el Derecho de la Unión y en su interpretación por el [Tribunal de Justicia], entra en una “nueva etapa” en la que: **a)** los órganos de la Unión Europea actúan fuera del ámbito de las competencias que les han sido conferidas por la República de Polonia en los Tratados; **b)** la [Constitución] polaca no es la ley suprema de la República de Polonia, con primacía en cuanto a su fuerza vinculante y su aplicación; **c)** la República de Polonia no puede funcionar como Estado soberano y democrático, son contrarios al artículo 2, al artículo 8 y al artículo 90, apartado 1, de la [Constitución] polaca.

2. El artículo 19, apartado 1, párrafo segundo, [TUE], en la medida en que, con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión, confiere a los órganos jurisdiccionales nacionales (tribunales ordinarios, tribunales contencioso-administrativos, tribunales militares y el Sąd Najwyższy [(Tribunal Supremo)]) competencia para: **a)** inaplicar las disposiciones de la [Constitución] polaca en el proceso de adopción de decisiones, es contrario a [los artículos 2 y 7], al artículo 8, apartado 1, al artículo 90, apartado 1, y al artículo 178, apartado 1, de la [Constitución] polaca; **b)** resolver sobre la base de disposiciones no vinculantes que hayan sido derogadas por el *Sejm* [(Cámara Baja del Parlamento polaco)] o declaradas inconstitucionales por el *Trybunał Konstytucyjny* [(Tribunal Constitucional)] y que ya no estén en vigor, es contrario a [los artículos 2 y 7], al artículo 8, apartado 1, al artículo 90, apartado 1, al artículo 178, apartado 1, y al artículo 190, apartado 1, de la [Constitución] polaca.

3. El artículo 19, apartado 1, párrafo segundo, y el artículo 2 [TUE], en la medida en que, con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión y asegurar la independencia de los jueces, confieren a los órganos jurisdiccionales nacionales (tribunales ordinarios, tribunales contencioso-administrativos, tribunales militares y el Sąd Najwyższy [(Tribunal Supremo)])

determinados preceptos del TUE en la medida en que, según la interpretación realizada por el TJUE, permitirían una expansión de las competencias de la Unión más allá de las conferidas por la República de Polonia. El Tribunal afirmó, en particular, que la Unión no puede actuar *ultra vires*, que la Constitución polaca constituye la norma suprema del ordenamiento interno —con primacía en cuanto a su fuerza vinculante y aplicación— y que Polonia debe poder seguir funcionando como un Estado soberano y democrático.

Asimismo, rechazó que el art. 19 TUE, interpretado por el TJUE en relación con el principio de tutela judicial efectiva y la independencia judicial, pueda habilitar a los tribunales nacionales para inaplicar la Constitución polaca o para ejercer un control sobre el procedimiento de nombramiento de los jueces. En este sentido, negó que los órganos jurisdiccionales puedan revisar la legalidad de los actos de nombramiento judicial —incluidos los del Presidente de la República o del órgano competente para proponerlos— o cuestionar el estatuto de los jueces válidamente designados conforme al Derecho constitucional polaco.

El **valor del Estado de Derecho**, consagrado en el art. 2 TUE, se erige como el primero de los mandatos constitucionalmente relevantes con incidencia directa en la crisis constitucional polaca. La Gran Sala del TJUE ha ratificado que este precepto trasciende la mera declaración de intenciones políticas para integrar valores fundamentales que definen la identidad misma de la Unión y se concretan en principios que comportan obligaciones jurídicamente vinculantes para los Estados miembros (ap. 177). Bajo la óptica de Cruz Villalón, este mandato opera como una «cláusula de homogeneidad inversa», en virtud de la cual el Estado ya no goza de un poder autónomo de disposición sobre estos contenidos axiológicos una vez integrados en su norma suprema (p. 134). Esta realidad jurídica se traduce en el mandato de «no regresión», por el cual un Estado miembro no puede enmendar su ordenamiento —ni

facultades para: a) controlar la legalidad del procedimiento de nombramiento de los jueces, incluida la legalidad del acto por el que el Presidente de la República de Polonia nombra a un juez, son contrarios al artículo 2, al artículo 8, apartado 1, al artículo 90, apartado 1, y al artículo 179, en relación con el artículo 144, apartado 3, punto 17, de la [Constitución] polaca; b) controlar la legalidad de una resolución por la que el [KRS] presenta al Presidente de la República [de Polonia] una propuesta de nombramiento de un juez, son contrarios al artículo 2, al artículo 8, apartado 1, al artículo 90, apartado 1, y al artículo 186, apartado 1, de la [Constitución] polaca; c) declarar la irregularidad del proceso de nombramiento de un juez y, en consecuencia, negarse a reconocer la condición de juez de una persona nombrada para el cargo judicial de conformidad con el artículo 179 de la [Constitución] polaca, son contrarios al artículo 2, al artículo 8, apartado 1, al artículo 90, apartado 1, y al artículo 179, en relación con el artículo 144, apartado 3, punto 17, de la [Constitución] polaca.»

siquiera a través de su jurisprudencia constitucional— para producir una reducción en el nivel de protección del valor del Estado de Derecho (ap. 179). En este sentido, la prohibición de retroceso actúa, *de facto*, como una cláusula de intangibilidad material impuesta por la propia dinámica de la integración supraestatal (ap. 179).

En estrecha conexión, el mandato de **tutela judicial efectiva** derivado del art. 19.1, párrafo segundo, TUE se configura como una exigencia estructural obligatoria que el Estado debe internalizar en su arquitectura constitucional. El TJUE clarifica que este precepto da expresión concreta al valor del Estado de Derecho, obligando a los Estados a garantizar que sus órganos jurisdiccionales cumplan con los requisitos de independencia, imparcialidad y previa determinación por la ley (ap. 105-108). Como ha señalado el Abogado General Spielmann, el cumplimiento de estos valores constituye una «condición permanente» para el disfrute de los derechos derivados de la pertenencia a la Unión, la cual no puede ser ignorada tras la adhesión bajo el pretexto de la salvaguarda de la identidad nacional (ap. 92). Bajo este prisma, la organización de la justicia nacional deja de ser un ámbito de soberanía absoluta para convertirse en lo que se define como una «estructura constitucional convencional» sujeta a estándares europeos mínimos (p. 135).

Sobre esta base dogmática, la sentencia C-448/23 ha constatado la existencia de infracciones sistémicas en el ordenamiento polaco. En primer lugar, se declara la violación del artículo 19.1 TUE debido a que la interpretación de la Constitución realizada por el Tribunal Constitucional polaco en sus sentencias de 2021 impide de forma efectiva garantizar la protección judicial exigida por el Derecho de la Unión (ap. 126). En segundo lugar, el fallo dictamina que el propio Tribunal Constitucional polaco no satisface los requisitos de un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley, debido a las graves irregularidades que viciaron tanto el nombramiento de tres de sus miembros en diciembre de 2015 (ap. 276) como el procedimiento de designación de su Presidenta en diciembre de 2016 (ap. 294, p. 32).

Un tercer mandato de relevancia constitucional identificado en el litigio polaco es el **principio de primacía**²³⁸, entendido no solo como regla técnica de aplicación, sino como límite a la capacidad de autodeterminación del constituyente derivado. La sentencia del TJUE es tajante al declarar que la primacía obliga a inaplicar cualquier

²³⁸ El TJUE afirma que Polonia ha incumplido los principios de autonomía, primacía, eficacia y aplicación uniforme del Derecho de la UE, así como el efecto vinculante de la jurisprudencia del TJUE (ap. 196 y 235).

norma nacional contraria, sea de origen legislativo o constitucional, sin que las disposiciones del sistema doméstico puedan justificar un incumplimiento (ap. 115, 186). Este mandato confirma el carácter «residual» de la capa autodeterminada de la constitución nacional frente a la capa europeizada: ante un conflicto, el poder constituyente nacional debe ceder para preservar la unidad y eficacia del ordenamiento europeo. En palabras del Abogado General, la primacía es un «requisito existencial» de la Unión que no puede verse condicionado por interpretaciones divergentes de los tribunales constitucionales nacionales que pretendan redefinir unilateralmente el alcance de la soberanía cedida (ap. 1).

Además, el TJUE apoya su argumentación en una cuestión jurisdiccional esencial. Subraya que los tribunales nacionales no pueden decidir de forma unilateral y definitiva sobre el alcance de las competencias de la Unión, ya que esa es una facultad exclusiva del TJUE para garantizar la unidad del ordenamiento jurídico europeo (de conformidad con el art. 191. TUE) (ap. 212). El control de la actuación *ultra vires* es una facultad que el sistema de los Tratados reserva de manera exclusiva al TJUE con el fin de garantizar la unidad, coherencia y autonomía del ordenamiento jurídico europeo, de conformidad con la misión que le otorga el artículo 19.1 TUE (ap. 203, 212). Permitir que una instancia nacional dicte la última palabra sobre las competencias delegadas supondría la quiebra del sistema de integración y la desnaturalización de la Unión como comunidad de Derecho (ap. 209, 217).

Finalmente, el **deber de cooperación leal** (art. 4.3 TUE) se manifiesta como un mandato procedimental de rango constitucional que obliga a reconocer el efecto vinculante y la autoridad de la jurisprudencia del TJUE y de sus medidas cautelares bajo el art. 279 TFUE (ap. 133, 235). En el contencioso polaco, la declaración del Tribunal Constitucional polaco de que estas decisiones eran *ultra vires* constituye, a juicio del TJUE, un incumplimiento de los principios de autonomía y uniformidad que son la esencia del sistema (ap. 162).

Desde la perspectiva de Cruz Villalón y la «Constitución Red» de Bustos Gisbert, estos mandatos demuestran que el poder de reforma constitucional nacional ha dejado de ser libre u omnipotente (Bustos, 2005, p.159). Al integrarse en una red de metaconstitucionalidad recíproca, la norma suprema nacional otorga legitimidad a la Unión, pero esta última redefine materialmente los límites de la propia democracia nacional., blindando principios como la independencia judicial o el Estado de Derecho

frente a mayorías internas que pretendan revertirlos (Bustos, 2005, p.159; Cruz, 2025, p.134).

Conclusión: Los principios fundamentales estructurales del Derecho de la Unión Europea como cláusula de intangibilidad y límite a la reforma de las Constituciones nacionales

El análisis de la praxis reciente en Polonia y Eslovaquia permite concluir que principios como la primacía, la autonomía y el valor del Estado de Derecho han dejado de ser reglas técnicas de aplicación para configurarse como auténticas cláusulas de intangibilidad material exterior.

El poder de reforma constitucional nacional ya no es una instancia libre; se halla limitado por un marco metaconstitucional que el propio constituyente aceptó voluntariamente al integrarse en la red supraestatal (Bustos, 2005, p. 159; Cruz, 2025, p. 138). Desde la perspectiva de los límites lógico-normativos, Bustos Gisbert sostiene que el poder de reforma constitucional ha dejado de ser «libre» u «omnipotente» en el marco de la integración supraestatal (Bustos, p. 159). El autor argumenta que cualquier acto del poder de reforma nacional que resulte incompatible con los compromisos convencionales —como se observó en la fiscalización de normas constitucionales por parte del TEDH en los asuntos *Rekvényi* o *Wille*— sitúa al Estado ante una disyuntiva inevitable: la retirada de la reforma o la asunción de responsabilidad internacional (Bustos, pp. 158-159). Dado que la denuncia de los tratados o la salida de la Unión se presentan como escenarios «políticamente imposibles», los estándares internacionales terminan operando como límites de Derecho que el constituyente derivado debe acatar necesariamente si desea preservar el vínculo de integración (Bustos, p. 159).

Esta pérdida de soberanía sobre el contenido material de la norma suprema es analizada por Cruz Villalón a través del concepto de la «Constitución Europeizada». Según este autor, una vez que los mandatos de la Unión se internalizan en la estructura de la Constitución del Estado Miembro (EUMSC), el Estado «pierde su poder autónomo de disposición sobre ellos» (Cruz, p. 134). Esta «heterodeterminación» implica que el poder de reforma nacional ya no es soberano para suprimir o alterar unilateralmente dichos contenidos sin que ello suponga una ruptura del sistema, lo

que convierte a estos mandatos en un núcleo de intangibilidad que el Estado ha aceptado voluntariamente al adherirse a la Unión (Cruz, pp. 134, 142).

En definitiva, en el marco de una «metaconstitucionalidad recíproca», la lealtad al sistema es una condición de validez de la propia democracia interna. Mientras el Estado permanezca en la red, su Constitución es, por definición, una norma abierta y limitada, blindando mandatos esenciales como la independencia judicial frente a cualquier intento de reforma regresiva por parte de mayorías parlamentarias internas (Bustos, 2005, p. 169; Cruz, 2025, p. 142).

La confirmación judicial definitiva de este fenómeno se ha producido en la reciente jurisprudencia de la Gran Sala del TJUE en el asunto *Comisión c. Polonia* (C-448/23). En su sentencia de 18 de diciembre de 2025, el Tribunal ha ratificado que un Estado miembro no puede invocar disposiciones de su derecho interno, «ni siquiera de rango constitucional», para justificar el incumplimiento de las obligaciones derivadas de los valores del art. 2 TUE (ap. 191). El respeto a la identidad nacional (art. 4.2 TUE) no constituye un cheque en blanco para subvertir el Estado de Derecho, el cual es una «condición permanente» para el disfrute de los derechos derivados de la integración (TJUE, ap. 179; AG, ap. 92).

En el mismo sentido, la Comisión de Venecia ha advertido, en relación con las recientes reformas en Eslovaquia, que el concepto de «identidad nacional» no puede amparar un «derecho a elegir» (*pick and choose*) que decisiones de tribunales internacionales se acatan y cuáles no, pues la primacía y la autonomía de la Unión blindan materialmente estos principios frente a cualquier intento de regresión normativa de carácter nacional (ap. 36).

La operatividad de principios fundamentales del Derecho de la Unión Europea, tales como la primacía, la autonomía y la eficacia directa, trasciende su naturaleza de meras reglas de aplicación para configurarse como auténticos límites materiales —o cláusulas de intangibilidad exterior— al poder de reforma constitucional de los Estados miembros²³⁹.

En definitiva, la primacía del Derecho de la Unión y el valor del Estado de Derecho actúan, en la práctica, como una cláusula de intangibilidad material impuesta desde el

²³⁹ Los principios estructurales (primacía, eficacia directa, autonomía) instrumentalizan principios axiológicos (Estado de Derecho) y operan como principios fundamentales de la UE como parámetro comunitario de constitucionalidad. Así, el principio de primacía es un instrumento para la consecución de los valores fundamentales consagrados en el art. 2 TUE.

exterior del sistema documental de la Constitución, pero integrada en su sentido sustancial. El poder de reforma constitucional nacional se halla así limitado por un marco metaconstitucional, que el propio constituyente aceptó y que define los estándares mínimos de Estado de Derecho y la independencia judicial, cuya observancia es condición permanente para el disfrute de los derechos derivados de la integración (Bustos, p. 159; Cruz, p. 142; STJUE C-448/23, ap. 179).



CARDENAL CISNEROS COMPLUTENSE



CENTRO ADSCRITO DESDE 1971
TÍTULOS OFICIALES DE LA
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE
DE MADRID

[Enlace a la página web](#)

