

Bases y principios para la elaboración de un estatuto jurídico de la oposición política en España¹

Manuel Fondevila Marón²

Profesor Agregado Serra Hunter de Derecho Constitucional

Universitat de Lleida

Resumen: Las Democracias actuales experimentan una notable tendencia al desmantelamiento de controles a la mayoría parlamentaria, la cual, consecuencia del estado de partidos, está, casi siempre, controlada, por el líder del ejecutivo. Para resolver la situación, y mejorar la calidad democrática, protegiendo no solo a las minorías políticas sino, también, sociales, resulta necesario sentar unas bases para la elaboración de un estatuto jurídico de la oposición que contenga: a) derechos específicos para la oposición parlamentaria; b) mecanismos para integrar a distintos grupos en trabajos parlamentarios; c) creación y fortalecimiento de autoridades independientes; d) fortalecimiento de la justicia constitucional; e) establecimiento de mecanismos que sirvan para encauzar protestas y otras manifestaciones de oposición en general.

Palabras Clave: Estado de partidos; Oposición política; Minorías políticas y sociales.

Sumario: I. Introducción; II. La necesidad de un estatuto jurídico de la oposición. III. El estatuto jurídico de la oposición en el Derecho Comparado. IV. Elementos de un estatuto jurídico de la oposición. V. La inclusión de un estatuto jurídico de la oposición parlamentaria en la Constitución española de 1978. VI. Conclusiones.

¹ Este trabajo se realiza en el marco del proyecto “El Estatus jurídico-político de la oposición política en las democracias representativas” (PID2020-117154GA-I00), financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

² Profesor Agregado Serra Hunter de Derecho Constitucional en la Universitat de Lleida (acreditado como Profesor Titular). Investigador Principal del proyecto “El Estatus jurídico-político de la oposición política en las democracias representativas” (PID2020-117154GA-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. Doctor en Unión Europea (UNED 2013) y en Derecho (UDC 2015), en ambos casos con mención internacional y premio extraordinario de doctorado. Correo: manuel.fondevila@udl.cat.

I. INTRODUCCIÓN

No deja de ser harto sorprendente que habiéndose señalado a principios de la década de los 70 – es decir, antes, incluso, de la aprobación de la Constitución de 1978 – la conveniencia de desarrollar una teoría jurídico-política de la oposición (De Vega, 2004), más de cincuenta años después esta sea, todavía, una tarea por hacer. La exigua bibliografía nacional específica sobre la oposición es una muestra palmaria de ello. De existir una teoría tal, probablemente se reducirían aquellos diagnósticos que hablan de una crisis de la democracia, de la representación o del parlamentarismo, y podrían establecerse recetas más eficaces contra los problemas planteados. Al fin y al cabo, muchas veces se habla de crisis porque lo que caracteriza a estas, es que “no sabemos lo que nos pasa, y esto es precisamente lo que nos pasa” (Ortega y Gasset, 1965: 132).

Lo que, sin embargo, no resulta, así las cosas, en absoluto sorprendente, es que, tampoco se haya creado en nuestro país un estatuto jurídico de la oposición (Ruiz, 2018). En la Constitución española, al igual que en la mayoría de las Constituciones de nuestro entorno, inspiradas en planteamientos del liberalismo, los posibles derechos o atribuciones de los miembros de la oposición se deducen de los principios del parlamentarismo (López Aguilar, 1988). Consecuencia de ello es una confusión entre lo que sería un estatuto jurídico del parlamentario y un estatuto jurídico de la oposición: es evidente que mejorar el primero supondría un beneficio para los parlamentarios de las minorías, pero la verdadera protección de estas, en las sociedades pluralistas actuales, es algo más complejo que requiere de una visión más amplia.

El objetivo de este trabajo es establecer, siguiendo una metodología deductiva y comparada, unas premisas sobre las cuales se pudiera desarrollar un estatuto jurídico de la oposición, entendido este como una serie de garantías jurídicas para las minorías tanto políticas como sociales, dentro y fuera del Parlamento.

II. LA NECESIDAD DE UN ESTATUTO JURÍDICO DE LA OPOSICIÓN

La Democracia se basa en la decisión de la mayoría, pero un gobierno mayoritario solo resulta soportable cuando se establecen instrumentos de protección de las minorías (Friedrich, 2020). Mientras que la regla de la mayoría responde a la idea de igualdad (si todos somos iguales, no puede prevalecer la voluntad de unos pocos), las garantías mencionadas, lo hacen, por su parte, a la idea de libertad. Ambos conceptos son imprescindibles para una auténtica Democracia, y, en un Estado de Derecho, en el que la Democracia se desarrolla por cauces jurídicos (Fix-Zamudio, 1984), dichas garantías para las minorías no pueden ser sino jurídicas.

La preocupación por la protección de las minorías es tan antigua como el propio gobierno representativo: I. Kant afirmaba, en el primer artículo definitivo sobre la paz perpetua, que el que una mayoría decidiese por todos constituía “una contradicción de la voluntad general consigo misma y con la libertad” (Kant, 2001: 55-56); B. Constant agudamente señalaba que defender los derechos de las minorías, dado que mañana pueden ser mayorías, era defender los derechos de todos indicando, además, que, precisamente porque esto es así, desde el punto de vista lógico-racional, nunca es la mayoría la que tiraniza a una minoría, sino una serie de sujetos en su nombre y con las armas que esta le ha facilitado (Constant, 2010); y, finalmente, J-S Mill (2019), tras verificar que en los regímenes representativos, en lugar de todo el pueblo, solo la mayoría estaba representada, abogó por la necesidad de adoptar fórmulas electorales que garantizaran también su representación. Incluso, en concreto respecto de la oposición, A. De Toqueville (2005) denunciaba, como consecuencia de formas todavía propias de la monarquía absoluta, la falta de tolerancia respecto al derecho de crítica por parte de esta, aunque reprochaba, también, a esta, que intentase hacer “su propia carrera” en vez de asumir el papel de obstrucción y crítica que le corresponde; Guizot (1987), por su parte, se lamentaba de que la oposición hubiera sido relegada a la tribuna sin capacidad de influir políticamente, advirtiendo, incluso, que ello podía hacerle optar por medios violentos.

No obstante, a pesar de estas preocupaciones de carácter general y abstracto, los principios del gobierno representativo sobre los que se erigieron los primeros gobiernos representativos impedían que en estos regímenes pudiese dar un adecuado tratamiento al problema de la oposición. Al concebir la nación como un todo unitario, en el régimen representativo el representante lo era de la nación entera, y el pueblo solo podía querer a través de estos. La representación era concebida de modo individual, suprimiéndose la idea de que el representante lo sea de grupo, corporación, o partido alguno. Desde estos

planteamientos, el sufragio censitario no resultaba contrario a los principios del gobierno representativo. Siendo así, más que el que no hubiese una oposición de principio a los postulados liberal-burgueses, lo que verdaderamente impedía un adecuado tratamiento de la cuestión de la oposición era no comprender que las sociedades humanas se caracterizan por la existencia de diversos partidos, grupos y actores en conflicto que pugnan por ocupar los resortes del poder. Al fin y al cabo, no fue sino la incapacidad de estos regímenes para canalizar adecuadamente dichos conflictos y dar adecuadamente respuesta a críticas como las de C. Schmitt (2009) a que los parlamentos fuesen incapaces de conseguir la unidad necesaria para que superase los antagonismos de partidos e intereses, lo que crearía un campo de cultivo propicio para el fascismo (Heller, 2006).

Pero, con el tránsito de los regímenes representativos a parlamentarios (Carré de Malberg, 1998) y, sobre todo, con el radical protagonismo que en los actuales “estados partitocráticos” (Triepel, 2015: 14) han alcanzado los partidos políticos, la preocupación por los derechos de las minorías se convierte en una cuestión medular respecto del régimen político, adquiriendo categoría sistémica. Autores como A. Mathiot expresaban esto de manera meridianamente clara a mediados del siglo pasado afirmando que: “if asked to give a single criterion of the democratic government, I should say that it depended on the status of the opposition” (Mathiot, 2018: 14). Que ello sea así no ha de ser difícil de comprender si se tiene en cuenta que, mientras en una autocracia es el gobierno el que pretende legitimar a la oposición, una Democracia se caracteriza porque es la existencia y libre ejercicio de la oposición la que legitima al gobierno (Ruiperez, 2020).

En los estados de partidos actuales carece ya de sentido hablar de crisis del parlamentarismo. Ello es así, obviamente, no porque haya recuperado la centralidad que tuvo en tiempos pasados, sino porque hace ya más de medio siglo que conocemos con precisión el diagnóstico de por qué su declive: actualmente, no son auténticos centros de deliberación política sino, simplemente, órganos en los que los partidos políticos formalizan los acuerdos previamente alcanzados (García-Pelayo, 2009). Así las cosas, en la práctica, la relación representativa no se da, como tradicionalmente se ha creído, entre el Pueblo y los representantes individuales, sino entre electores y partidos políticos. Si el parlamento no ha podido servir de freno al gobierno; si, en los actuales regímenes políticos, el ejecutivo resulta preponderante, hasta el punto que al jefe del mismo ha sido considerado “rey republicano” (Duverger, 1974: 85), se debe, pura y simplemente, a que,

operando con esquemas de pensamiento del pasado, no se ha dotado a los partidos políticos de la minoría de los instrumentos necesarios para poder, a través de este órgano, cumplir tal función. Porque resulta que “el juego de fuerzas políticas no se contrapesa ya entre el legislativo y el ejecutivo, habida cuenta que los partidos electoralmente triunfantes suelen estar en ambos, sino entre mayorías y minorías, entre los partidos que ganan las elecciones, pero pueden perderlas en el futuro, y los partidos que pierden las elecciones, pero en una próxima convocatoria pueden resultar vencedores” (De Vega, 2017: 516), la única manera de limitar la acción del partido mayoritario, denominado por Gramsci “príncipe moderno” (Gramsci, 1972:28) es dotando de instrumentos suficientes a la oposición.

III. EL ESTATUTO JURÍDICO DE LA OPOSICIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

Es habitual al “*shadow cabinet*” británico como caso paradigmático. Allí, el reconocimiento expreso de la oposición comenzó cuando, en 1937, la *Ministers of the Crow Act* fijó el salario del líder de la oposición (hoy regulado en la *Ministerial Salaries Consolidation Act*, de 1965), consolidándose, a partir de 1955, la práctica de hacer pública la lista de aquellos miembros de la oposición que se presentaban como alternativa a cada uno de los componentes del gobierno (Gennusa, 2000). Este gobierno en la sombra colabora en las tareas de gobierno sin que ello signifique, en absoluto, ni que la oposición no haga su papel de contraposición (Rinella, 1999) ni que el gobierno no pueda llevar a cabo los asuntos importantes sin ellos (Gennusa, 2000). Para este *shadow cabinet* han ido cristalizando una serie de derechos y prácticas como la consulta de los miembros del gobierno con sus homónimos, el establecimiento de los “*opposition days*” en que es la oposición la que determina los temas del debate parlamentario, la presidencia de comisiones de control financiero y jurídico o el acceso a documentos clasificados (Rosanvallon, 2007). Con todo, a pesar del indudable interés del caso británico, es también evidente que no constituye, genuinamente hablando, un modelo de estatuto jurídico de la oposición: por un lado, no se garantiza la igualdad de armas y, tal y como han afirmado alguno de los autores que más se han ocupado de estos temas, el grado de formalización jurídica de estas prerrogativas es inferior a su importancia en el plano

político (Sánchez Navarro, 1997). Aunque dentro del peculiar sistema constitucional británico, con el peso que en él tienen las tradiciones, esta pueda una solución más que adecuada para la correcta protección de las minorías políticas, un Estado constitucional continental debería, quizás, inspirarse en mayor medida en otras fuentes. Téngase en cuenta, además, que el modelo británico se ha visto favorecido por el sistema bipartidista, y, de hecho, solo el partido minoritario con mayor fuerza numérica tiene la consideración de “*Her Majesty’s Loyal Opposition*”.

La mayor protección de las minorías políticas se consigue mediante la consagración constitucional de su estatuto jurídico. En Europa encontramos el caso de Portugal, cuya Constitución establece, en el art. 114, que: “se reconoce a las minorías el derecho de oposición democrática, en los términos de la Constitución y la Ley (...) Los partidos políticos representados en la Asamblea de la República y que no forman parte del Gobierno gozan especialmente del derecho a ser informados regular y directamente por el Gobierno sobre la situación y evolución de las principales cuestiones de interés público. De igual derecho gozan los partidos políticos representados en las asambleas legislativas de las Regiones autónomas y en cualesquiera otras asambleas designadas por elección directa, respecto de los correspondientes ejecutivos de los que no formen parte”. Actualmente este precepto está desarrollado en la Lei nº 24/98 del *Estatuto do Direito de Oposição*, que regula derechos de información, audiencia, participación pública y legislativa, de comparecencia ante comisiones parlamentarias y una serie de garantías de libertad de independencia para los medios de comunicación social sobre las que el gobierno deberá informar a la oposición. Resulta importante señalar, a los efectos que nos ocupan, que son titulares del derecho de oposición los partidos políticos con representación en las asambleas que no forman parte del gobierno ni los órganos deliberativos de las autarquías municipales y los grupos de electores representados en cualquiera de los órganos autárquicos, sin perjuicio de otros partidos y minorías sin representación. También el hecho de que este derecho de oposición democrática es una de las cláusulas de intangibilidad recogidas en el art. 288 de la Constitución.

En Colombia, el derecho de oposición se considera, de acuerdo con los artículos 40 y 112 de la Constitución de 1991 un derecho fundamental. De acuerdo con el último de los preceptos mencionados, en la redacción ofrecida tras la reforma de 2005: “Los partidos y movimientos políticos que no participen en el Gobierno podrán ejercer libremente la función crítica frente a éste y plantear y desarrollar alternativas políticas.

Para estos efectos, salvo las restricciones legales, se les garantizan los siguientes derechos: de acceso a la información y a la documentación oficiales; de uso de los medios de comunicación social del Estado de acuerdo con la representación obtenida en las elecciones para Congreso inmediatamente anteriores; de réplica en los medios de comunicación del Estado frente a tergiversaciones graves y evidentes o ataques públicos proferidos por altos funcionarios oficiales, y de participación en los organismos electorales (...) Los partidos y movimientos minoritarios tendrán derecho a participar en las mesas directivas de los cuerpos colegiados, según su representación en ellos” haciendo, a continuación, referencia a una ley estatutaria que regulase la materia, que demoró hasta 2018 para ser aprobada. A los partidos que, tras la elección, se declaran oposición, se les reconoce un amplio catálogo de derechos (el artículo 11 de esta ley recoge los siguientes: financiación adicional para el ejercicio de la oposición, acceso a los medios de comunicación social del Estado o que hacen uso del espectro electromagnético, acceso a la información y a la documentación oficial derecho de réplica, participación en mesas directivas de plenarias de las corporaciones públicas de elección popular, participación en la Agenda de las Corporaciones Públicas, garantía del libre ejercicio de los derechos políticos, participación en la Comisión de Relaciones Exteriores, derecho a participar en las herramientas de comunicación de las corporaciones públicas de elección popular, derecho a la sesión exclusiva sobre el Plan de Desarrollo y presupuesto) pero, quizás, lo más destacable sea que lo que parece inspirar dicho estatuto es la idea de igualdad de armas con el gobierno, y por eso, entre otros aspectos, se otorga a los partidos declarados de oposición tiempo adicional en los medios de comunicación, derecho de réplica ante cualquier tergiversación gubernamental o un espacio específico en el canal del Congreso posteriormente a cada sesión.

En Francia, la Constitución, reformada al efecto por Ley Constitucional 2008-724, establece, en su artículo 51-1, que: “El reglamento de cada Cámara determinará los derechos de los grupos parlamentarios constituidos dentro de la misma. Reconocerá derechos específicos a los grupos de oposición de la Cámara correspondiente, así como a los grupos minoritarios”. Aparentemente, puede llamar la atención y parecer no tener sentido hacer una reforma constitucional para hacer una remisión reglamentaria, pero hay que tener en cuenta que esta reforma fue adoptada dos años más tarde de que el Consejo Constitucional³ declarase inconstitucional una reforma del reglamento de la Asamblea

³ Vid., *Décision* n° 2006-537 DC

nacional, que agrupaba a los grupos parlamentarios como “mayoría” y “oposición”, confiriendo a los del segundo tipo ciertos derechos específicos (como obtener informes sobre la aplicación de las leyes y la presidencia o relatoría de comisiones de investigación), por considerar que otorgaba un trato desigual injustificado, contrario al art. 4 de la Constitución de 1958. Con todo, parece más razonable que normas que han de servir de protección de las minorías se incorporen, con contenido sustancial, a la Constitución.

Como ya se dijo, la inexistencia de un estatuto explícito de la oposición es la opción más habitual por la que han optado los constituyentes que elaboraron las Normas Fundamentales de los países de nuestro entorno. Ello no quiere decir, obviamente, que determinados preceptos no concedan atribuciones a los grupos minoritarios, y evidentemente, estos preceptos tienen una enorme importancia cuando se trata de evaluar la libertad de actuación y capacidad de incidencia de la oposición en un régimen político determinado (Rinella, 1999).

Es más, en Alemania, el TCF ha identificado, con base en determinados preceptos constitucionales (arts. 5, 8, 9, 17, 21 y 38 fundamentalmente) y, también, interpretando el artículo 92 del Código Penal (que establece como un principio constitucional el derecho a formar y ejercer una oposición parlamentaria), un “derecho a la oposición”, que se traduciría en igualdad entre partidos y el derecho a ejercitar una oposición de conformidad con la Constitución, así como un derecho fundamental de libertad de actividad política⁴. Sin embargo, los derechos concretos de la oposición han sido interpretados de manera restrictiva por el Alto Tribunal, pudiendo la oposición ejercer libremente la crítica a la mayoría, pero sin poder ser considerada parte orgánica del parlamento (esto les corresponde únicamente a los grupos parlamentarios) ni ejercer derechos propios respecto a este, evitando también el *Verfassungsgericht* afirmar claramente un derecho a la igualdad de oportunidades de la oposición respecto del gobierno (Mezzetti, 1992). Por el contrario, el constitucionalismo estatal alemán sí resulta ser un excelente laboratorio referente a las distintas posibilidades de recoger formalmente, dentro de un texto constitucional, un estatuto jurídico de la oposición. Aunque la Ley Fundamental de la Federación sigue el modelo liberal, prácticamente todas las Constituciones de los *Länder*

⁴ Esta jurisprudencia se remonta a las conocidas Sentencias relativas, al Partido Socialista del Reich, de 23 de octubre de 1952 y al Partido Comunista, de 17 de agosto de 1956, y ha sido desarrollada en varias sentencias posteriores.

se refieren concretamente a la oposición política. Además, resultan pioneros en el tiempo, pues el antiguo estado de Baden ya recogía, en mayo 1947, en el art. 120 de su Constitución, una referencia a la oposición política. Schleswig-Holstein hizo lo propio en agosto del mismo año y, en febrero de 1971, la Constitución de Hamburgo, en su artículo 24, establecía que la oposición constituía un elemento esencial de la Democracia. A partir de 1980 se fueron generalizando las menciones a la oposición en las constituciones estatales, con distintas fórmulas que pueden agruparse en tres grandes grupos (Fourmont, 2019): a) fórmulas que recogen el derecho a existir de la oposición (Bremen y Sajonia); b) fórmulas de principio (Baviera, Berlin, Brandemburgo, Hamburgo, Schleswig-Holstein, Turingia); c) fórmulas que definen la oposición (Baviera, Mecklemburgo-Antepomerania, Baja-Sajonia, Renania-Palatinado, Sajonia, Sajonia-Anhalt, Schleswig-Holstein).

IV. ELEMENTOS DE UN ESTATUTO JURÍDICO DE LA OPOSICIÓN

Cuando se tiene presente la distinción entre minorías políticas, que son aquellas que, aunque hoy no forman parte de la mayoría de gobierno, pueden llegar a ser tal tras las próximas elecciones, y minorías sociales o culturales, que son aquellas que no tienen posibilidades reales de erigirse en mayoría (Friedrich, 2020), se comprende que el estatus de la oposición que brinde una efectiva protección de estas no puede limitarse, únicamente, a dotar de ciertos derechos y facultades a la oposición parlamentaria. Agrupar los otros tipos de oposición bajo el rótulo de “extraparlamentaria” no parece lo más adecuado: con este término se denominó a un movimiento intelectual, fundamentalmente de izquierda, surgido en Alemania en los años 60, pero hoy, los grupos y movimientos que enfrentan, al margen de los partidos presentes en el parlamento, la acción del gobierno, en absoluto se limitan al plano de las ideas, resultando que los regímenes políticos actuales se caracterizan por la capacidad de bloqueo con la que cuentan determinados actores (Rosanvallon, 2007). Hablar, como hace la Comisión de Venecia⁵, de oposición en general parece más adecuado, sobre todo, por ser más inclusivo.

⁵ Vid., Opinión n° 845/2016, de 24 de junio de 2019 [CDL-AD(2019)015].

La efectiva protección de las minorías implica actuar en varios frentes. Teniendo en cuenta esto, se propone cinco elementos para la consolidación de un estatuto de la oposición, de todo tipo, que sirva para una efectiva protección de las minorías en nuestro país:

a) *Derechos específicos para la oposición parlamentaria*, distinguiendo perfectamente el estatuto general del parlamentario del de la oposición: ello implica, como primer corolario, una necesaria declaración de los partidos que son gobierno y cuáles son oposición que lleva también aparejada una labor de delimitación conceptual. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional de *Land* alemán Sajonia-Anhalt tuvo que aclarar que pertenecer a la “oposición como institución” no significa que un determinado partido no pueda participar del presupuesto o de la elaboración de la ley⁶. El segundo corolario es que esta declaración debe implicar una serie de facultades y derechos específicos que sirva para igualar con las armas con el gobierno: no solo debe garantizarse, con carácter general, un derecho de crítica (derecho a la oposición), sino financiación y tiempo en los medios de comunicación social extras, una adecuada representación en los órganos de gobierno de las cámaras, posibilidad de convocar, e incluso presidir comisiones de investigación, que podrían ser solamente de la minoría, forzar comparencias, etc.

b) *Mecanismos para incorporar a distintos grupos en trabajos parlamentarios*: que exista una oposición dentro del parlamento y otra fuera del mismo no significa que no sea posible, y también conveniente, conectar esta última con las cámaras. Evidentemente, solo cierto tipo de movimientos sociales – concretamente aquellos que están más organizados – son susceptibles de ser incorporados a los trabajos parlamentarios. Hay que evitar que esta incorporación se produzca en funciones propiamente parlamentarias y respetar la autonomía tanto de los grupos como de las Cámaras (Garromena, 2014), pero no porque ello suponga incurrir en corporativismo, ya que los partidos tampoco representan a los intereses generales, sino porque si se llegara a afectar la representación de la ciudadanía que corresponde a estos, se produciría una merma de principios democráticos, especialmente el de la toma de decisiones por mayoría. Después de la aprobación, en 2019, del código ético, convendría una regulación específica, en el Congreso y Senado, de los grupos de interés. Esta podría incluir un registro de personas

⁶ Vid., LVG 1/96 (70).

y actividades, previendo sanciones y mecanismos para evitar que los representantes políticos tengan una “agenda B” (Fernandez Cañueto, 2018).

c) Creación y fortalecimiento de autoridades independientes: Estos tipos de instituciones dotan al sistema de una legitimidad por imparcialidad (Rosanvallon, 2010), pues el principal argumento para su justificación resulta ser la búsqueda de neutralidad en la toma de determinadas decisiones. Precisamente por ello han sido criticadas desde el punto de vista del principio democrático, por entenderse que demuestra una falta de confianza hacia la política y los partidos políticos (Salvador, 2002). Desde luego, un alto número de autoridades independientes, o un amplio abanico de materias sobre las que estas desplegasen su acción harían justa esta crítica, dejando sin sentido las elecciones para elegir mandatarios políticos. Obviamente no es el caso de España y, además, toda la doctrina que se ha ocupado de estos entes ha destacado el hecho de que nunca son plenamente independientes: el gobierno influye en tema de nombramientos, presupuesto, etc. La gran cuestión, por tanto, en torno a las mismas, es cómo encajan en la dinámica actual mayorías-minorías. Teniendo en cuenta que la gran mayoría son creadas por el Parlamento, para un mejor encaje en la reconfiguración de la división de poderes que se viene exponiendo, los nombramientos de sus autoridades deberían realizarse mediante un reparto de cuotas entre los partidos o pudiendo la oposición influir o vetar de algún modo estos. En caso contrario, se corre el riesgo de que su autonomía respecto del gobierno de la mayoría dependa únicamente del carácter de las personas nombradas.

d) Fortalecimiento de la justicia constitucional: Pese a ser cuestionada desde sus inicios por autores como Lambert (2010), Schmitt (2009), Forsthoff (2015), y recientemente, de manera muy especial, por Waldron (2005, 2018), la justicia constitucional ha conseguido, durante, la segunda mitad del siglo pasado, expandirse y aumentar sus competencias en la inmensa mayoría de Estados que pueden considerarse democráticos, con las únicas y notables excepciones de Gran Bretaña y Países Bajos. Es natural que así sea porque, si las agencias que se han tratado en el apartado anterior dotan al sistema de imparcialidad, la justicia constitucional aumenta la legitimidad por reflexividad del sistema político (Rosanvallon, 2010). Ello es así porque con su examen de constitucionalidad de las leyes multiplica los lugares de la deliberación. Las críticas a la justicia constitucional, con sus distintas formulaciones y matices, se reducen a una queja respecto de que los jueces puedan anular la acción del legislativo, que representa a la ciudadanía y adopta sus decisiones por mayoría; pero cuando se comprende que, como

se ha dicho, hoy la verdadera división de poderes se da entre mayorías y minorías, la “objeción contramayoritaria” (Bickel, 1986: 16) pierde su sentido. Desde esta perspectiva la justicia constitucional es el único instrumento con el que cuenta la oposición para impedir que la mayoría apruebe normas que vulneren la Constitución, suponiendo, por tanto, el único freno o contrapeso efectivo a un poder que, eventualmente, estuviese vulnerando el pacto constitucional. Instrumento sí, pero no – como han sostenido algunos autores – oposición en sí misma, pues los jueces constitucionales, que están perfectamente legitimados para ser más o menos activistas según las circunstancias (Barak, 2006), carecen, por el contrario, de legitimidad democrática alguna para, imponiendo su criterio sobre el legislador (Alexy, 2006) obstruir por sí mismos las decisiones de la mayoría. Es distinto, por ejemplo, una “revolución judicial” (Ackerman, 2015) en la que los jueces deciden acabar con la segregación en las aulas (el famoso caso *Brown v. Board Education*), de la postura adoptada por el Tribunal Supremo americano ante la legislación del “*New Deal*”. En el primer caso se crea un Derecho nuevo entendiendo que ello responde a una evolución de la sociedad, en el segundo se impide la creación del Derecho por el legislativo dentro del marco de discreción política que la Constitución le otorga (Faller, 1979).

Un sector de la doctrina española ha venido tradicionalmente cuestionando la utilidad del recurso de inconstitucionalidad (Rubio, 1998) sosteniendo que esta debería evolucionar a una jurisdicción centrada en la protección de derechos, siendo, pues, su principal función la interpretación de los derechos a través del control concreto de constitucionalidad (López Guerra, 2021). Dejando, incluso, al margen, el hecho de que parecen posturas desfasadas que harían perder a la justicia constitucional toda relevancia práctica toda vez que la tendencia actual en la interpretación de los derechos por parte de los jueces y tribunales ordinarios es a una interpretación supranacional de los mismos a través de mecanismos como el control de convencionalidad, la cuestión prejudicial y, eventualmente (España no lo ha ratificado) a través de las opiniones consultivas previstas en el protocolo nº 16 al CEDH, lo cierto es que eliminar el control abstracto de constitucionalidad abriría la posibilidad, como ha sucedido en Italia⁷, a la existencia de normas inconstitucionales y exentas de control dentro del ordenamiento jurídico. Es más, la correcta comprensión de la dialéctica mayoría-minoría en los términos expuestos en estas páginas implica la necesidad de crear recursos específicamente pensados para la

⁷ Vid., SCC 406 de 1989.

oposición, lo que podría lograrse, al modo en que se hace en el art. 63 BVerfGG legitimando activamente a esta en el conflicto entre órganos constitucionales (Montilla, 2002)⁸.

e) *Establecimiento de mecanismos que sirvan para encauzar protestas y otras manifestaciones de oposición en general*: Cuestión que no trata solamente de dogmática de Derechos Fundamentales, sino que es susceptible de ser abordada, también, desde la perspectiva mantenida en estas páginas. Evidentemente la delimitación del derecho a la libertad de expresión o su ponderación con el derecho al honor forma parte de la teoría de los derechos, pero también es posible destacar, y es lo que interesa a los efectos que nos ocupan, que especialmente a los representantes políticos⁹, pero también a los ciudadanos particulares hay que reconocerles un amplio margen de crítica, pues también estos están legitimados – sin perjuicio del empleo de medios legales y democráticos así como sin perjuicio de su sujeción a la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE) – a oponerse a la acción del gobierno. Como bien ha indicado el TC: “el valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas”¹⁰. En concreto sobre lo que aquí se está tratando ha indicado que “desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión, la formulación de críticas hacia los representantes de una institución o titulares de un cargo público, por desabridas, acres o inquietantes que puedan resultar no son más que reflejo de la participación política de los ciudadanos y son inmunes a restricciones por parte del poder público”. Sin embargo, establece una serie de límites, pues “esa inmunidad no resulta predicable cuando lo expresado, aun de forma simbólica, solamente trasluce ultraje o vejación”¹¹. Aquí es donde el control ejercido por el Tribunal parece, a la luz de la jurisprudencia del TEDH¹², excesivo, siendo ya varias las ocasiones en las que el Tribunal europeo corrige la actuación de los jueces y tribunales españoles¹³. A pesar de ello, el Tribunal parece

⁸ Vid., también, BVerfGE 90, 286.

⁹ Vid., STEDH *Castells c. España*, de 23 de abril de 1992.

¹⁰ STC 235/2007, FJ 4º.

¹¹ STC 177/2015.

¹² Vid., STEDH *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, de 13 de marzo de 2018, referida precisamente al caso citado supra.

¹³ Centrándonos solamente en aquellas en las que la condena a España vino el ejercicio de la libertad de expresión para ejercer una crítica política podemos citar la reciente *Erkizia Almandoz c. España*, de 22 de junio de 2021, *Jimenez Los Santos c. España*, de 14 de junio de 2016 o *Otegi Mondragón c. España*, de 15 de marzo de 2011. Pero en una sociedad democrática moderna, la tolerancia debe extenderse también, a

empecinado, como demuestra la STC 190/2020¹⁴, en fallar en contra de la doctrina del TEDH. Para que España se ajuste a los estándares europeos en esta materia parece conveniente, por tanto, una reforma de delitos como los de los artículos 490.3, 491 y 543 C.P.

V. LA INCLUSIÓN DE UN ESTATUTO JURÍDICO DE LA OPOSICIÓN PARLAMENTARIA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Es evidente que, no por el hecho de que la Constitución española – al igual que la mayoría de textos constitucionales democráticos – no recoja un estatuto expreso de la oposición política puede, en modo alguno, negarse que la oposición puede ejercer libremente su función. De hecho, establecer por ley y/o reforma de los reglamentos parlamentarios determinadas facultades para los representantes políticos de la oposición sería plenamente coherente con el valor del pluralismo político que recoge el art. 1.1 CE. Sin embargo, no puede hablarse, en nuestro país, de una “forma de gobierno de oposición garantizada” (De Vergottini, 1979: 8) al carecer esta de una naturaleza constitucional de alternativa negativa al gobierno. Es más, que la oposición pueda ejercer libremente no significa que se den los medios adecuados para ello: el hecho de que los reglamentos parlamentarios hagan pivotar la política de las cámaras sobre los grupos parlamentarios, que la composición de los órganos respondan al principio mayoritario, y que el control al gobierno mediante preguntas e interpelaciones resulte poco eficaz cuando las cámaras están dominadas por una mayoría son buena prueba de ello.

No se podrá hablar, verdaderamente, de garantía de la oposición o estatuto de la misma sino es la Constitución la que recoge, al menos a grandes rasgos, los derechos específicos de los que esta goza. Además, aunque es poco probable que el TC español interpretase, como se vio que hizo el Consejo Constitucional francés, que resulta inconstitucionalmente ilegítimo establecer una diferenciación entre representantes

otras instituciones del Estado, como la judicatura (STEDH *Benítez Moriana e Íñigo Fernández c. España* de 9 de marzo de 2021) o la policía (STEDH *Toranzo Gómez c. España* de 20 de noviembre de 2018). Todas estas resoluciones reflejan que España tiene, a este respecto, una asignatura pendiente.

¹⁴ Vid., especialmente el voto particular de la Magistrada Encarnación Roca Trías.

políticos que sustentan al gobierno y representantes de la oposición¹⁵, establecer constitucionalmente las bases un estatuto jurídico de la oposición disiparía cualquier posible duda al respecto.

Además de posibles derechos y facultades de la oposición parlamentaria, cualquier estatuto de la misma debe comenzar recogiendo una definición de la misma. Teniendo en cuenta que en España se constituyen en oposición, sin necesidad de ningún acto declarativo, todos aquellos partidos que se abstuvieron o votaron en contra de la investidura al Presidente del gobierno (Ruiz, 2018), un posible texto para trabajar en una eventual reforma constitucional al respecto podría ser el siguiente:

Los grupos parlamentarios que no apoyaron la investidura del Presidente del Gobierno se constituyen en oposición. Estos podrán ejercer libremente la crítica al Gobierno y formular propuestas. Una ley orgánica regulará su estatuto, desarrollando los derechos de la oposición a: ser informada por el gobierno acerca de la política interior y exterior, ser consultada en aquellos asuntos que revistan un especial interés público, y recibir financiación adicional para ejercer su función. Los reglamentos de las cámaras asegurarán la participación de la oposición en las distintas comisiones y garantizarán la representación proporcional de la oposición en sus órganos rectores.

Dado que, a diferencia de lo que ocurre en las Constituciones de Colombia y Portugal, la Constitución española de 1978 solo menciona los partidos políticos en el artículo 6 del Título Preliminar, que no sería, por razón de la materia, la ubicación ideal para un estatuto de la oposición, y tendría la dificultad añadida de que la reforma del mismo debería seguir los cauces de reforma del art. 168 CE, un mecanismo tan “complejo y políticamente costoso que se puede indicar de antemano que no funcionará jamás” (De Vega, 1985: 148), parece lo más adecuado, si algún día llegase a plantearse una reforma constitucional en el sentido propuesto en estas páginas, incluir dicho estatuto, al igual que en Francia, dentro del Título V, relativo a las relaciones del gobierno con las Cortes Generales. Quizás, añadiendo al texto constitucional un artículo 111 bis. En este caso, la reforma podría llevarse a cabo por los cauces del art. 167 CE, que ya ha sido aplicado en dos ocasiones con anterioridad.

VI. CONCLUSIONES

¹⁵ Es verdad que el TC establece que el art. 23.2 CE implica un derecho de los representantes políticos a ejercer el cargo en condiciones de igualdad (*Vid.*, por todas STC 39/2008), pero también lo es que entiende este como un derecho de configuración legal, de manera que para que haya vulneración del art. 23.2 CE debe haber un incumplimiento de lo dispuesto en los reglamentos parlamentarios, aunque no todo incumplimiento de lo dispuesto en los mismos lo sea.

Una sociedad que reconoce como valor superior de su ordenamiento jurídico el pluralismo político, tiene, necesariamente, que brindar una adecuada protección a las minorías políticas, sociales y culturales, garantizando el derecho de estas a hacer oposición. La garantía de la oposición es el principal elemento determinante de una Democracia representativa, que sirve para diferenciar a estas de otros regímenes parlamentarios, pero no democráticos. Nada tiene de extraño, por tanto, que todas las Democracias adopten la forma de gobierno de oposición garantizada. Sin embargo, son pocas las que recogen expresamente un estatuto jurídico de la oposición parlamentaria.

En el actual estado de partidos, la tendencia autoritaria actual en estos regímenes por parte de las mayorías en el poder solamente puede ser contrarrestada dotando a las minorías de instrumentos que sirvan de contrapeso al gobierno. Ello requiere adoptar un estatuto constitucional de la oposición que recoja un derecho general de crítica al gobierno y una serie de derechos específicos para los diputados y senadores de oposición al gobierno, que son aquellos que no han apoyado la investidura. Pero, teniendo en cuenta que la problemática de la oposición no se agota, de ningún modo, en la oposición parlamentaria, es necesario, también, establecer otros cauces de manifestación de aquellos sectores críticos con el poder y de límite a las decisiones mayoritarias. Para conseguir esto es necesario crear algún recurso propio para la oposición ante el Tribunal Constitucional, fortalecer la independencia de las autoridades independientes (especialmente en materia de nombramientos), y una regulación más adecuada tanto de los grupos de intereses, por un lado, como del derecho a la libertad de expresión, por otro.

BIBLIOGRAFÍA

- Ackerman, Bruce. *We the people I. Fundamentos de la historia constitucional estadounidense*. Quito: IAEN.
- Alexy, Robert. 2006. “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.
- Barak, Aharon. 2006. *The judge in a democracy*. New Jersey: Princeton University Press.
- Bickel, Alexander Mordecai. *The least dangerous branch. The Supreme Court at the bar of politics*. New Haven and London: Yale University Press.
- Carré de Malberg, Raymond. 1998. *Teoría General del Estado*. México: FCE.

- Constant, Benjamin. 2010. *Principios de política aplicables a todos los gobiernos*. Buenos Aires: Katz.
- De Vega, Pedro. 1985. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos.
- De Vega, Pedro. 2004. “Para una teoría política de la oposición”, en *Estudios político-constitucionales*. México: UNAM.
- De Vega, Pedro. 2017. “Teoría y práctica de los partidos políticos”, en *Obras escogidas*. Madrid: CEPC.
- De Toqueville, Alexis. 2005. *Discursos y escritos políticos*. Madrid: CEPC.
- De Vergottini, Giuseppe. *Lo «shadow cabinet». Saggio comparativo sul rilievo costituzionale dell'opposizione nel regime parlamentare britannico*. Milano: Giufrè.
- Duverger, Maurice. 1974. *La monarquía republicana*. Dopesa: Barcelona.
- Faller, Hans Joachim. 1979. “Defensa constitucional por medio de la jurisdicción constitucional en la República Federal de Alemania”, *Revista de estudios políticos*, 7: 47-68
- Fernández Cañueto, Daniel. 2018. “Representación política y relación representativa en España: entre el debate tradicional y el actual”, en Tudela, Jose; Castellà, Josep Maria; Expósito, Enriqueta y Köllig, Mario (eds). *Libro blanco sobre calidad democrática en España*. Madrid: Marcial Pons.
- Forsthoff, Ernst. 2015. *Estado de Derecho en mutación. Trabajos constitucionales 1954-1973*. Madrid: Tecnos.
- Fix-Zamudio, Hector. 1984. “Derecho, Constitución y Democracia”, *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, 50: 481-514.
- Friedrich, Carl Joaquim. 2020. *La democracia como forma política y como forma política*. Olejnik: Santiago de Chile.
- García-Pelayo, Manuel. 2009. “El Estado de partidos”, en *Obras Completas*, II. Madrid: CEPC.
- Garromena Morales, Ángel. 2014. “La crisis actual de la Democracia representativa, ¿Qué hacer?”, en *Escritos sobre la democracia. La democracia y la crisis de la democracia representativa*. Madrid: CEPC.
- Gennusa, M^a Elena. 2000. *La posizione costituzionale dell'opposizione*. Milano: Giufrè.
- Guizot, François. 1987. *Des moyens de gouvernement et d'opposition*. Paris: Berlin.

- Heller, Hermann. 2006. *Europa y el fascismo*. Granada: Comares.
- Lambert, Edouard. 2010. *El gobierno de los jueces*. Madrid: Tecnos.
- López Aguilar, Juan Fernando. 1988. *La oposición parlamentaria y el orden constitucional*. CEPC: Madrid.
- López Guerra, Luis. 2021. “Los retos al tribunal constitucional español, desde la perspectiva del «constitucionalismo político»”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 25-1: 11-34.
- Mathiot, André. 2018. *The British political system*. Forgotten books: London.
- Mezzetti, Luca. *Giustizia costituzionale e opposizione parlamentare. Modelli europei a confronto*. Maggiore Editore: Rimini.
- Mill, John Stuart. 2019. *Consideraciones sobre el gobierno representativo*. Madrid: Alianza.
- Montilla Martos, José Antonio. 2002. *Minoría Política y Tribunal Constitucional*. Madrid: Trotta.
- Ortega y Gasset, Jose. 1965. *En torno a Galileo. Esquema de la crisis*. Madrid: Espasa Calpe.
- Rinella, Angelo. 1999. *Materiali per uno studio de Diritto Comparato su “lo statuto costituzionale dell’opposizione parlamentare”*. EUT: Trieste.
- Rosanvallon, Pierre. 2007. *La contrademocracia. La política en la era de la desconfianza*. Buenos Aires: Manantial.
- Rosanvallon, Pierre. 2010. *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad, proximidad*. Barcelona: Paidós.
- Rubio Llorente, Francisco. 1998. “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa”, en Rubio Llorente, Francisco y Jiménez Campo, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional*, Madrid: McGraw-Hill.
- Ruipérez Alamillo, Javier. 2020. “Charles de Secondat en el Estado de partidos, o del pluralismo como materialización moderna del principio de separación de poderes”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 46: 211-240.
- Ruiz Ruiz, Juan José. 2018. “El gran ausente: por un estatuto de la Oposición política tras 40 años de Constitución”, *Revista de Derecho Político*, 101: 273-308.
- Salvador Martínez, Maria. 2002. *Autoridades independientes. Un estudio comparado de los Estados Unidos, Reino Unido, Alemania, Francia y España*. Barcelona: Ariel.

- Sánchez Navarro, Angel José. 1997. *La oposición parlamentaria*. Madrid: Congreso de los Diputados.
- Schmitt, Carl. 2009. “El defensor de la Constitución”, en Schmitt, Carl y Kelsen, Hans. *La problemática Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos.
- Triepfel, Heinrich. 2015. *La Constitución y los partidos políticos*. Madrid: Tecnos.
- Waldron, Jeremy. 2005. *Derecho y desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons.
- Waldron, Jeremy. 2018. *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los Tribunales*. Buenos Aires: Siglo veintiuno editores.