

## Mesa 3: La crisis del modelo territorial

### Crisis territorial en Cataluña y apariencia jurídica:

#### ¿Posverdad o postconstitucionalismo?

Catalina Ruiz-Rico Ruiz

Universidad de Jaén. Profesora Titular de Derecho Constitucional

Sumario: 1. Introducción.-2. Realidad, apariencia jurídica y legitimidad aparente.-3. Apariencia constitucional y efectos jurídicos.-3.1. Control jurídico de las declaraciones políticas en sede parlamentaria.-3.2. La “especial transcendencia constitucional” de la apariencia.-4. Aplicación constitucional de las causas generales de ineficacia de las normas: fraude, abuso, causa y simulación.-5. Reforma constitucional como antídoto de la crisis territorial.

#### 1. Introducción

A raíz de las últimas crisis políticas en diversos países occidentales, se ha exteriorizado el riesgo de adulteración de las democracias mediante la manipulación deliberada de la opinión pública. La distorsión premeditada de la información para influir en las actitudes sociales pretende generar una “apariencia” que puede prevalecer incluso, sobre la propia realidad.

El fenómeno *desinformativo* de la posverdad (fake news) constituye un arma política con un potencial jurídico ignorado hasta fechas recientes, susceptible de viciar el sustrato social sobre el que se asienta el sistema constitucional y el régimen electoral de los Estados, como demuestran entre otras experiencias el Brexit o la consulta del 1 de octubre en Cataluña 1.

---

<sup>1</sup> La revista *Science* acaba de publicar el estudio más extenso hasta ahora sobre la difusión de fake news (noticias falsas) en la red, en el que se demuestra cómo una noticia falsa alcanza a miles de usuarios más que un contenido real. Un grupo de investigadores del Instituto de Tecnología de Massachusetts (MIT) ha examinado la repercusión en Twitter de noticias cuya veracidad o falsedad había sido previamente corroborada por seis organismos de verificación independientes. Partiendo de esa base, analizaron un total de 126.000 artículos tuiteados por tres millones de personas entre 2006 y 2017, con especial atención a los contenidos que lo grabasen más retuits. Los autores descubrieron que **las noticias falsas tenían un 70% más de probabilidades de ser retuiteadas**. Esta dinámica está presente en todas las categorías de información y no sólo en las noticias políticas, aunque sus efectos sean hasta tres veces más pronunciados en este campo "Los dominios más atacados son aquellos en los que hay más incentivos -políticos o financieros- y aquellos en los que las personas son más vulnerables por los sesgos sociales o cognitivos". verdaderas crean "confianza, alegría o tristeza". En un segundo artículo publicado en *Science* y firmado por una quincena de expertos, los científicos advierten sobre el potencial disruptivo de las fake news y reclaman un impulso a la investigación a gran escala. En él citan estudios preliminares en los que se apuntan los efectos perjudiciales de este fenómeno en la sociedad, que van desde el aumento del cinismo y la apatía entre los ciudadanos hasta el fomento de la radicalización. "Lo que más queremos transmitir es que las fake news son un problema real, un problema difícil de abordar y **un problema que requiere una investigación seria**". "Los que difunden noticias falsas están usando métodos cada vez más sofisticados", añade. "Si no tenemos suficiente información sobre el problema, nunca podremos diseñar intervenciones que funcionen". Una de las dificultades radica en el hecho de que es un problema multidisciplinar, con implicaciones que van desde lo psicológico hasta lo tecnológico. El artículo subraya este aspecto psicológico que sirve como uno de los motores de la difusión de informaciones falsas, ya que las personas prefieren información que es familiar y que apoya las opiniones preexistentes. "El desafío es que **hay tantas vulnerabilidades que aún no entendemos y tantas piezas diferentes que pueden romperse o ser manipuladas en lo relativo de noticias falsas**". "Es un problema tan complejo que debe ser atacado desde todos los ángulos". Los expertos recomiendan comenzar con intervenciones de dos tipos: unas centradas en mejorar **la capacidad de los individuos para reconocer las noticias falsas** y otras que incluyan cambios estructurales destinados a prevenir su publicación.

La apariencia real de las noticias falsas propagada a través de las nuevas tecnologías, puede imperar sobre la auténtica realidad, contaminando la política y bajo la amenaza de intoxicación del Derecho. En particular, divulgaciones falaces, acciones ficticias, simbólicas, virtuales o fraudulentas desde los poderes públicos, tienden a generar una apariencia jurídica y legitimidad aparente.

Desde esta perspectiva se visibiliza una categoría calificable como *fake ius o falso derecho* que, con la complicidad tecnológica, penetra en el escenario de la apariencia jurídica; un fenómeno longevo en el ordenamiento privado pero con facciones singulares y una estética renovada en el derecho público.

La “apariencia constitucional” se presenta como *alter ego* de la realidad constitucional en base a la competencia desleal practicada mediante simulacros, ficciones, vías de hecho, actos no consumados o declaraciones virtuales. Pero, a diferencia del derecho civil, el principio jurídico de apariencia no siempre puede aplicarse para convalidar situaciones subyacentes, sino para invalidar los posibles efectos inconstitucionales.

La crisis territorial en Cataluña sitúa pues, al Derecho constitucional ante la encrucijada de reaccionar frente a los actos simbólicos y metajurídicos o bien adoptar una postura de inacción, según los efectos inconstitucionales potenciales o reales causados, e incluso los resultados antijurídicos provocados más allá de sus fronteras, en el ámbito jurisdiccional de otras disciplinas (penales, procesales...). Las ramificaciones de este desafío adoptan una transversalidad que supera el marco constitucional y también autonómico, pero que de modo particular exigen desde el constitucionalismo una respuesta frente a nuevos interrogantes: las fronteras jurídicas del simbolismo político y la legitimidad aparente, la inconstitucionalidad difusa, los límites virtuales del parlamento o la exigencia de controles preventivos para impedir ataques “pacíficos” que subviertan el orden constitucional.

## 2. Realidad, apariencia jurídica y legitimidad aparente

Entre las hipótesis de partida, con carácter preliminar se abordan la realidad del desafío constitucional en Cataluña y la exigencia de una reforma constitucional como potencial solución al conflicto existente.

A priori, esta crisis territorial comporta un serio reto constitucional, según resulta de la plena activación del sistema inmunológico de la Constitución y el recurso a su *última ratio* con aplicación del artículo 155 CE. De otra parte, en relación a una apremiante reforma de la Constitución, el aforismo del Tribunal Supremo de los EEUU, *hard cases make bad law*, recomendaría precaución y cautela en la revisión del texto constitucional como respuesta.

Sin perjuicio de abordar la revisión constitucional en un epígrafe posterior, el desarrollo de la primera cuestión planteada obliga a dirimir previamente sobre la realidad o apariencia del desafío constitucional, atendiendo a las opiniones políticas que califican el

escenario diseñado por el nacionalismo catalán como auténtico dislate, farsa, esperpento, ficción o *matrix*. Aunque, paralelamente, no cabe obviar la construcción real de una arquitectura secesionista institucional, administrativa, orgánica y legislativa, basada en una estrategia de ingeniería paraconstitucional.

En principio, el mérito o más exactamente el demérito del proceso de autodeterminación en Cataluña radica en la fractura del primer mandamiento del constitucionalismo: la identidad entre Estado de Derecho y democracia. En esta línea, Nogueira Alcalá afirma que la Constitución no es tal si no se encuentra en armonía con su fundamento democrático. La apertura de una brecha entre legitimidad constitucional y democrática ha fundamentado artificiosamente la ruptura con el Estado de Derecho y el imperio de la ley.

La legitimidad democrática puede instrumentalizarse para predominar e incluso deslegitimar la realmente constitucional, a modo de coartada para generar bien una apariencia acorde con la Constitución o justificar la escisión con la legitimidad constitucional. Esta tesis resulta sostenible en base a la relación entre apariencia y legitimación admitida por la doctrina alemana (Falzea), y por su capacidad para suplantar a la realidad constitucional.

Según Kirchmann *la apariencia lo es todo en Derecho*, a lo que también podría agregarse la legitimidad aparente es todo en Derecho constitucional, en virtud de su potencial jurídico para constitucionalizar actuaciones de baja o nula constitucionalidad y desplazar a la realidad constitucional. La credibilidad en la apariencia institucional puede generar una legitimidad paralela a la constitucional, basada en el formalismo de los actos simbólicos o ficticios realizados desde los poderes públicos<sup>2</sup>. La cohabitación entre ambas legitimidades real y aparente, constitucional y “democrática” respectivamente, se ha exteriorizado durante el conflicto territorial en Cataluña, abocando a tensiones jurídicas y judiciales.

En particular, la *legitimidad aparente* se ha construido inicialmente en torno a la juridificación de un supuesto derecho a decidir y una consulta ciudadana con apariencia de referéndum, para lo que se recurrió a hipotéticos observadores internacionales independientes. Sin perjuicio del protagonismo de las *fake news* en torno a los hechos y actuaciones durante la votación celebrada y la manipulación institucional de los resultados para avalar una aparente legitimidad democrática.

De modo similar, la aplicación del artículo 155 CE con la destitución de representantes políticos y los recortes en la función parlamentaria, ha contribuido a desarrollar el fenómeno de legitimidad aparente (v.gr. presentación internacional como presidente legítimo de la Generalitat, firma como ministros de los exconsejeros).

---

<sup>2</sup> En el ordenamiento privado, el principio de apariencia jurídica comprende todos los casos en que el acto realizado por el tercero con un sujeto que no tiene la titularidad del derecho es eficaz, de todos modos, como si hubiese sido realizado con el titular, siempre que un título de investidura formal de aquel sujeto cree una situación de confianza del tercero. La investidura formal en un derecho subjetivo que realmente no existe se presenta en varias hipótesis: de la posesión a los instrumentos de fe pública, e incluso a las diversas figuras de publicidad. En esta concepción, la idea de apariencia no solamente se considera compatible, sino más bien ligada, esencialmente, con la idea de formalismo.

Para sortear la legitimidad constitucional y del Estado de Derecho, también se ha recurrido a la apariencia jurídica basada en actos simbólicos y declaraciones políticas institucionales, propiciando un estado de confianza social en torno a una “realidad aparente”. De ese modo, se ha gestado una legitimidad que Max Weber calificaba como carismática, en que la que una parte de la población asume un poder ficticio deslegitimado constitucionalmente y se aparta de la legitimidad racional basada en motivaciones objetivas y legales.

Por consiguiente, la legitimidad aparente no puede ser indiferente al Derecho constitucional ante el riesgo de ser reemplazado por una apariencia “inconstitucional” en virtud de la credibilidad social suscitada. El consenso en torno a una aparente “República independiente” contribuye a socavar la legitimidad constitucional mientras tiende a una relegitimación de los poderes públicos destituidos en el contexto del artículo 155 CE, suplantando la legitimidad constitucional.

El principal problema del Derecho constitucional radica pues, en el fundamento democrático que puede adquirir una legitimidad aparente y paralela a la Constitución 3. La Constitución, resultado de la intrínseca relación entre poder constituyente y expresión democrática del cuerpo político de la sociedad, requiere para su legitimidad y eficacia como norma fundamental de la convivencia, la anuencia y sostenimiento por la colectividad social 4.

En la actualidad, el derecho constitucional se enfrenta a una doble legitimidad, aparente (previa al artículo 155 CE) y real (tras las elecciones autonómicas), hasta la fecha ambas encauzadas hacia fines rupturistas con la Constitución; y en concurso con la legitimidad constitucional vigente posterior a la aplicación del artículo 155 CE. Por tanto, la juridificación progresiva de la legitimidad aparente y de los actos aparentes constituye la principal amenaza del derecho constitucional en el contexto de Cataluña.

### 3. Apariencia constitucional y efectos jurídicos

A propósito de la crisis en Cataluña, la conflictividad emergente entre apariencia y realidad jurídica, plantea los límites de la tolerancia constitucional hacia los simulacros jurídicos y declaraciones simbólicas 5. En principio, el derecho constitucional se debate

---

3 El artículo 402 del Código Penal establece como supuesto de hecho de la usurpación de funciones:” El que ilegítimamente ejerciere actos propios de una autoridad o funcionario público atribuyéndose carácter oficial...”

4 *La Constitución requiere de la adhesión y acatamiento generalizado de la ciudadanía, tanto a nivel de conciencia generalizada como de conductas concretas de los diversos actores sociales y componentes de la sociedad. Una constitución que carece de sustento y adhesión difundida entre los miembros de la sociedad está destinada a durar poco, sólo mientras exista la fuerza que la impone.*

5 Vid., Irureta, Simulación y apariencia en el ámbito laboral: la especial situación del sujeto contratante Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 40, Valparaíso, 2013, los casos de apariencia jurídica concurren siempre que se verifique un fenómeno, materialmente presente e inmediatamente real, que a su vez deja al descubierto otro hecho que no reúne dichas

entre la transigencia y la impugnación de los actos aparentes, según la levedad o repercusión de los efectos jurídicos producidos en el campo de la inconstitucionalidad.

El fenómeno de la *apariencia constitucional* se encuentra implícitamente presente en la práctica parlamentaria e incluso, en la doctrina desarrollada por los órganos judiciales y el Tribunal constitucional, presuponiendo su legitimidad y acatamiento a la Constitución. La sumisión al formalismo, la competencia o a las reglas procedimentales tienden a generar un áurea aparentemente constitucional de las actuaciones en el derecho público, similar a los títulos formales del ordenamiento privado y con una protección jurídica equivalente, basada en la confianza en la apariencia.

Pero además también debe visibilizarse una “apariencia” propulsada cada vez con más frecuencia por las nuevas tecnologías, capaz de generar una *inconstitucionalidad difusa*, oblicua, subrepticia, con efectos retardados, subliminal para los órganos judiciales y elusiva de los controles de constitucionalidad. Esta modalidad se ha puesto de manifiesto durante la crisis territorial en Cataluña mediante la idea de una “República digital” o la investidura telemática a través de la reforma de la Ley de Presidencia de la Generalitat. Ambas pretensiones responden a la necesidad de juridificar la apariencia como paso previo para la consecución de efectos jurídicos en la realidad constitucional. Mediante el recurso a una ley *ad personam* y la coartada de un nombramiento virtual se puede alcanzar una constitucionalización indirecta a través de la apariencia y con fines difusamente inconstitucionales, inaugurando las bases de un parlamento virtual y paralelo al autonómico.

En este campo de la apariencia jurídica y constitucional se ha refugiado el desafío secesionista, presionado por el poder judicial y la maquinaria del Estado, mediante el recurso a declaraciones políticas, actuaciones simbólicas, simuladas o fraudulentas, permanentes y en cascada; con el riesgo latente de que la asunción de un acto inconstitucional legitime los sucesivos que de él traigan causa <sup>6</sup>. Por esta razón, el Tribunal Constitucional ha impugnado las Resoluciones adoptadas por el Parlamento de Cataluña "porque podrían ser entendidas como un intento de dar apariencia de validez al denominado proceso constituyente en Cataluña, cuya inconstitucionalidad fue declarada por la Sentencia 259/2015...".

### 3.1. Control jurídico de las declaraciones políticas en sede parlamentaria

---

características, a través de signos y relaciones de significación socialmente apreciables. La apariencia, de este modo, produce y oculta la consabida discordancia entre la situación exteriorizada y la situación real, generando un estado de ficción.

<sup>6</sup>Sentencia del Tribunal Constitucional 259/2015, de 2 de diciembre. En particular, solicita la declaración de nulidad de determinadas resoluciones adoptadas por el Pleno del Parlamento de Cataluña del 6 de octubre de 2016 y la adopción de otras medidas específicas. Las citadas resoluciones aprobadas por el Pleno del Parlamento de Cataluña del 6 de octubre de 2016 vulneran específicamente la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional y todas las Resoluciones se refieren al proceso constituyente de Cataluña, El Tribunal Constitucional anuló, así, los pronunciamientos que hacen referencia a la apertura de un pretendido proceso constituyente en el que no se respeten las exigencias establecidas para la reforma de la Constitución

La legitimidad de las declaraciones parlamentarias como manifestaciones del debate político, en el ejercicio de los derechos fundamentales de libertad de expresión y de representación política, determina una tutela constitucional cuasi-intangible.

No obstante, la juridificación de las declaraciones parlamentarias a efectos de control constitucional plantea serias objeciones entre la doctrina y la jurisprudencia. Proclive al control restrictivo de las manifestaciones políticas, Von Gneist considera que “sólo se podría judicializar la validez formal de una ley, respecto de «aquellas fases del procedimiento legislativo con relevancia *ad extra*”, para defender la independencia e integridad de atribuciones de la institución parlamentaria. Según J. A. Alonso de Antonio y A. L. Alonso de Antonio, el Tribunal Constitucional considera que la inviolabilidad «no ampara cualesquiera actuaciones de los parlamentarios y sí solo sus declaraciones de juicio o de voluntad» (STC 51/1985, FJ 6).

En esta línea, el Tribunal Constitucional afirma que *si un órgano judicial sólo puede justificar su separación de un precedente por medio de argumentos y razones, las alteraciones perceptibles en la línea política de una Asamblea se justifican, por el contrario, en sí mismas. Lo contrario sería tanto como juridificar un ámbito que, como el de control e impulso parlamentarios, ha de ser libre, sólo sometido a aquellas normas de procedimiento que, instrumentalmente, hagan posible el ejercicio de las funciones parlamentarias no estrictamente legislativas* 7. La jurisprudencia constitucional ampara «aquellas manifestaciones que “se revelen como necesarias para la exposición de ideas u opiniones de interés público» (por todas, SSTC 107/1988, FJ 4; 171/1990, FJ 10; 204/2001, FJ 4; y 181/2006, FJ 5) o que supongan la «emisión de pensamientos, ideas u opiniones, sin pretensión de sentar hechos o afirmar como datos objetivos» (STC 139/2007, FJ 6).

Al margen del argumento relativo a los efectos no vinculantes de las declaraciones políticas, la libertad de expresión parlamentaria fundamenta igualmente la exención de controles. Según Ridao Martín, *los actos de dirección del gobierno, las resoluciones y los acuerdos que pueden adoptarse por las Cámaras constituyen una categoría genérica de actos que, independientemente de su denominación, sirven también para manifestar la voluntad, la aspiración o el deseo de una Cámara, incluyendo o no los que comportan un mandato o instrucción dirigido a un órgano singularizado... Se trata de actos que carecen de la fuerza general de obligar propia de las leyes y su fuerza externa se contrae a la de una instrucción indicativa, sin vis vinculante. Para el Tribunal Constitucional, con carácter general, se trata de un instrumento para poner en marcha la función de impulso político y control del Gobierno, pero, también, de una vía adecuada para forzar el debate político.*

Sin embargo, en una doctrina jurisprudencial opuesta, la sentencia del Tribunal Constitucional 90/1985 admitió que *cualquier facultad constitucionalmente otorgada, no puede considerarse exenta del sometimiento a la Constitución, como cualquier acto del*

---

7 Tanto es así que el RC no define el objeto de las proposiciones no de Ley (arts. 193-195 RC). Y en el caso del Senado (art. 174 RS), se definen los fines de las mociones como un intento de que el Gobierno formule una declaración ordinaria o remita un proyecto de ley sobre una determinada materia y que la Cámara delibere y se pronuncie sobre un texto de carácter no legislativo.

*Parlamento con relevancia jurídica externa, esto es, que afecte a situaciones que excedan del ámbito estrictamente propio del funcionamiento de las Cámaras* 8.

Este criterio basado en la trascendencia exterior de las declaraciones políticas como premisa para su control, enlaza con la apariencia jurídica y la confianza que suscita en los terceros. La STC 42/2014, de 25 de marzo incorpora una doctrina sobre los efectos jurídicos de los actos parlamentarios de impulso de la acción de gobierno y aborda la “legitimación institucional aparente” por extralimitación competencial en virtud de facultades no atribuidas. El Tribunal Constitucional admite que los efectos jurídicos de un acto no se agotan en el hecho de que sean vinculantes para el Gobierno o la ciudadanía en el sentido propio de un acto normativo; y a pesar de su naturaleza política, una resolución puede tener efectos jurídicos porque permite atribuir a una institución facultades que no tiene conferidas.

De otra parte, el riesgo de que las declaraciones parlamentarias simbólicas o contrarias a la Constitución sean reconocidas como realidad vinculante por los ciudadanos, cuestiona la inacción del Derecho frente a las mismas. La transición del acto político a la norma jurídica *se verifica desde la propia institución parlamentaria, y la voluntad se convierte en Derecho si es reconocido, aceptado o consentido como vinculante por los ciudadanos* (Nogueira).

Por tanto, la argumentación jurídica de la apariencia penetra en el campo constitucional y parlamentario si adopta relevancia exterior y efectos jurídicos por la vía de extralimitación competencial, aunque no pueden excluirse otras causas de externalización. En este sentido, el fraude de ley, el abuso de poder o la simulación dotan de trascendencia externa a las declaraciones políticas parlamentarias, que no deberían sustraerse por tal motivo a dichas categorías de inaplicación e ineficacia de las normas. Las implicaciones jurídicas potenciales o reales de las declaraciones políticas ficticias, simuladas o fraudulentas (extensible a los *acta interna corporis*) en sede parlamentaria, justifican, como se expone a continuación, la sujeción al control jurisdiccional.

---

8 Entre otras, destaca la STC en el recurso de amparo interpuesto contra la no admisión a trámite en el Parlamento Vasco de una proposición no de ley por su contenido, si bien en este caso el Tribunal otorgó el amparo por entender que la causa de inadmisión no estaba prevista en el Reglamento de la Cámara: “*En definitiva, de la regulación del Reglamento de la Cámara se colige que el papel que corresponde desempeñar a la Mesa en el ejercicio de su función de calificación y admisión a trámite respecto de las proposiciones no de ley no se ciñe a la verificación de los requisitos formales reglamentariamente establecidos, sino que se extiende también al examen del contenido material de la iniciativa en cuanto resulte determinante para llevar a cabo un juicio de calificación sobre la idoneidad y procedencia del procedimiento parlamentario elegido para sustanciar la iniciativa deducida y el correspondiente pronunciamiento sobre su admisión o no a trámite atendiendo al respeto o no de los límites o condiciones materiales que el Reglamento establece con carácter específico para las proposiciones no de ley.* Respecto del derecho a la libertad de expresión individual de los parlamentarios, sólo se detiene cuando en la formulación de opiniones sin voluntad, afirme datos objetivos (STC 79/2014, FJ 6).

### 3.2. La “especial transcendencia constitucional” de la apariencia

A diferencia de la teoría de la apariencia jurídica en el ámbito privado y sus efectos garantistas, el Derecho constitucional no ha desarrollado una construcción doctrinal y jurisprudencial en torno a los actos aparentes. Ha sido a propósito de la crisis territorial en Cataluña cuando ha comenzado a dirimirse la eficacia jurídica imputable a las actuaciones ficticias, simbólicas o simuladas de los poderes públicos autonómicos, por los órganos judiciales y el Tribunal Constitucional.

Las continuas y reiteradas “ficciones jurídicas” en el conflicto territorial de Cataluña, como la celebración de un debate de investidura telemática al margen del Reglamento parlamentario, la creación de estructuras paralelas de Estado, ejecutivas y legislativas, e incluso una República digital, pertenecen al campo de la apariencia constitucional. Por esta razón, en el actual estadio especialmente embrionario de la apariencia, conviene cuestionar su “especial transcendencia constitucional” en orden a su tolerancia o impugnación.

La posición ante los actos aparentes se debate entre la irrelevancia constitucional y el control de constitucionalidad de los efectos jurídicos presumibles, previsibles o reales. La confianza en la apariencia constitucional y en la legitimidad aparente puede incitar a la confusión y engaño en cuanto a la eficacia jurídica de las actuaciones, decisiones y declaraciones políticas. Más concretamente, la activación de la maquinaria constitucional o la intervención del Tribunal Constitucional puede depender de la gravedad de efectos jurídicos, potenciales o reales. Sin perjuicio de que en contextos politizados, el control de constitucionalidad sobre actos aparentes pueda ser objeto de transacción, negociación política o de ponderación basada en su intranscendencia jurídica (o política).

En la práctica, la inseguridad sobre la apariencia o realidad de ciertas actuaciones institucionales y el hipotético peligro de graves consecuencias jurídicas, han justificado la interposición de recursos ante el Tribunal Constitucional contra declaraciones políticas en Cataluña (v.gr. votación celebrada en el pleno del Parlamento catalán para la declaración unilateral de independencia y su posterior firma en la sala contigua).

El riesgo de consolidación jurídica de una apariencia inconstitucional derivada de actos simbólicos o ficticios y de una aparente legitimidad, se basa en la dificultad para dismantelar la confianza jurídica generada en la ciudadanía, como también en los potenciales efectos jurídicos de las declaraciones políticas contrarias al espíritu y literalidad constitucional.

En atención a las consecuencias jurídicas de los actos aparentes, se plantea la transferibilidad del principio de apariencia jurídica a la esfera constitucional, franqueando la frontera entre lo público y lo privado <sup>9</sup>. El desafío en Cataluña ha evidenciado que la

---

<sup>9</sup> Vid., Falzea, Angelo. Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, II, Dogmatica giuridica. Milán: Giuffrè, 1997, pág. 179, admitiendo que no hubo preocupación por controlar si era posible transferir un principio elaborado para un sistema en particular, y se creyó que se podían encontrar aplicaciones de dicho principio en los más variados campos y en las más diversas



aplicación de la apariencia no es exclusiva del ordenamiento privado, ni taxativa sino analógica 10. Aunque la ausencia de una construcción doctrinal y jurisprudencial sobre la apariencia constitucional ha invisibilizado su influencia en el campo de esta disciplina y obstruido su aceptación como principio jurídico.

Desde una perspectiva constitucional, sin embargo, la apariencia presenta efectos singulares y subvertidos respecto al derecho privado, donde la verosimilitud y la confianza pueda ser objeto de protección jurídica 11. En principio, los fenómenos de apariencia constitucional con sustrato en la legitimidad institucional o democrática y el formalismo, pueden adquirir eficacia jurídica atendiendo al derecho privado como referente.

La legitimidad institucional y procedimental del derecho constitucional equivalente a los títulos de investidura formal privados, es susceptible igualmente de crear una situación jurídica aparente protegida por el derecho fundamental de representación política 12. La relevancia constitucional se justificaría cuando los actos aparentes hacen entrar en juego un sistema de intereses, como la confianza de la ciudadanía y el interés de terceros, poniendo en peligro o postergando la realidad constitucional a través de la ficción o simbolismo jurídicos. En el marco constitucional, la apariencia tiende a multiplicar la confianza de terceros por su proyección en las relaciones sociales como norma de convivencia y el fundamento democrático de la legitimidad. Al margen de la capacidad expansiva de la irrealidad jurídica a través de las nuevas tecnologías y la “fe pública virtual” susceptible de promover en la ciudadanía.

Por último, la respuesta constitucional a los posibles efectos jurídicos de la apariencia plantea la traslación de las soluciones civiles basadas en la convalidación de los actos aparentes y la protección de la confianza generada. El riesgo de efectos inconstitucionales y la suplantación de la realidad constitucional por una apariencia ficticia, fraudulenta, impide la consolidación de la situación o relación subyacente creada y de los derechos adquiridos 13. El derecho constitucional no puede tutelar la confianza en una apariencia

---

instituciones: de la posesión a los títulos valores, de la publicidad al matrimonio, de los actos con fe pública a las sociedades mercantiles.

10 Vid., Falzea, Ricerche..., cit., pág. 209, por lo general, la doctrina muestra hostilidad ante la extensión de los confines del fenómeno, y no solamente descarta la legitimidad de la formulación de un principio general que integre el sistema de nuestro derecho positivo sino también la admisibilidad de una interpretación analógica de las normas que regulan hipótesis de apariencia

11 Según Bustos Pueche La doctrina de la apariencia jurídica. (Una explicación unitaria de los artículos 34 LH y 464 del CC, y otros supuestos de apariencia), Madrid, 1999, se trata de un auténtico principio general del Derecho, susceptible de aplicación analógica (analogía iuris); para otros, el reconocimiento de la apariencia subvierte los fundamentos del ordenamiento jurídico, que ha de basarse en la realidad, y no en la ficción. Pero, además, ha de tratarse de un engaño verosímil, es decir, que la información, por las características exteriores que ofrece, se acepta como verdadera por una persona con una diligencia normal. De esta manera aparece la verosimilitud como la segunda nota integradora del concepto de apariencia jurídica.

12 Vid., Falzea, Ricerche..., cit., págs. 182 y ss., La apariencia es, ni más ni menos, un instrumento elástico, idóneo para penetrar en los campos donde el formalismo jurídico no ha tenido posibilidad de desarrollarse, y que apunta a proteger el interés de los terceros cada vez que estos no tengan una declaración formal en la cual apoyarse, pero hayan sido engañados, sin embargo, por una situación de hecho que ha manifestado como existente una realidad jurídica inexistente.

13 Considera Irureta, Simulación y apariencia en el ámbito laboral..., cit., no es de extrañar, por tanto, que en determinados supuestos el ordenamiento laboral opte por la tutela de la confianza o de la apariencia creada o en otros por la primacía de la materialidad

contraria a la Constitución ni exculpar sus medios vehiculares (falsedad, fraude o abuso del derecho, desviación de poder...) 14.

La “buena fe constitucional” impone la primacía de la realidad frente a una apariencia deliberada y situaciones de hecho con fines inconstitucionales 15. El derecho constitucional se enfrenta al reto de dirimir la eficacia o invalidez de los actos aparentes y de evitar la confianza en una apariencia inconstitucional fraudulenta o ficticia, así como sancionar las conductas de falseamiento o exigir responsabilidades. La relevancia constitucional de un falso derecho (*fake ius*) provocado por actos simbólicos o ficticios e incluso por falsas noticias (*fake news*) con fines contrarios a las normas constitucionales, podría subordinarse a la causación de efectos jurídicos (daños materiales, malversación de fondos públicos...), aunque se produzcan en otros ámbitos del ordenamiento. La vulneración del derecho constitucional puede ocasionarse indirectamente mediante actuaciones ficticias o simuladas en este ámbito que, sin embargo, adoptan realidad jurídica en otras ramas desplegando consecuencias de carácter penal, procesal o administrativo.

El principio de “seguridad constitucional” se opone a la consumación de los actos aparentes adelantando la respuesta mediante un control de constitucionalidad *ex ante* o preventivo 16. En esta línea se inscribe la reciente impugnación preventiva adoptada por el Tribunal Constitucional como medida cautelar, suscitando una polémica doctrinal sobre su adecuación a la Constitución 17.

---

subyacente, ya que siempre la ley se encontrará motivada por la idea de evitar una actuación falsa o fraudulenta en el goce efectivo de los derechos, privilegiando una adecuada y saludable transparencia. Ante la dialéctica entre forma jurídica y realidad, el ordenamiento optará, en algunos casos, por esta última.

14 Vid., Irureta, Simulación y...cit., De este modo, en el ámbito del Derecho del Trabajo, apariencia jurídica, confianza creada y primacía de la realidad son enfoques diversos pero que apuntan a una misma finalidad, cual es la de evitar la falsedad, el fraude y el abuso de derecho en lo que respecta al cumplimiento de las facultades y obligaciones que dimanen de un acto jurídico-laboral. Si el propio ordenamiento busca la protección de la buena fe como regla de conducta básica de todos los actos jurídicos, lógico es suponer entonces que se privilegien valores normativos como el amparo de la confianza creada o la preeminencia de la materialidad subyacente.

15 Para Irureta, Simulación..., cit., la simulación, como señala Ferrara, no es realidad, sino ficción de realidad, haciendo aparecer hacia el exterior lo que no es, o mostrando una cosa que realmente no existe. Por tanto, la simulación termina generando una contradicción entre apariencia y realidad, debido a que las partes deciden mantener en secreto el verdadero acto que se está celebrando. Lo anterior no supone, con todo, que el acto simulador no pueda derivar en una figura legalmente indebida o fraudulenta. Como se sabe, el efecto ilícito de un hecho jurídico no tiene por qué asimilarse, sin más, a una situación dolosa. Lo que igual se produce un abuso de Derecho o un fraude si el resultado de la acción termina siendo dañino o contrario a los preceptos imperativos del ordenamiento jurídico

16 El hecho de que el Pleno del TC haya aprobado un **auto** con el informe desfavorable de sus letrados -partidarios de no admitir la impugnación del Gobierno- debería hacer recapacitar a más de uno. Y viene a recordar los límites del derecho para solucionar problemas políticos. Como, por cierto, admite de forma velada Moncloa al impugnar normas con carácter preventivo, lo cual es el reconocimiento expreso de que ley, a veces, llega tarde y mal y eso obliga a reinventarla, pero ahora como un instrumento político.

17 Reconoce Irureta Simulación y apariencia en el ámbito laboral: la especial situación...,cit., que más aún, muchos de esos casos a pesar de que no admiten expresamente la tesis de la apariencia, han tenido que otorgar determinados efectos normativos a situaciones complejas ya sea en la adquisición de derechos o en la sanción de la actuación simulada.

A raíz de la crisis en Cataluña, el Derecho constitucional se enfrenta al reto de deslindar la realidad constitucional de la apariencia inconstitucional, obligando a una sempiterna reflexión sobre las difusas fronteras entre el Derecho y la política.

4. Aplicación constitucional de las causas generales de ineficacia de las normas: fraude, abuso, causa y simulación.

La actual conflictividad territorial ha exteriorizado un deficitario blindaje interno de la Constitución, planteando el recurso a soluciones jurídicas inéditas y la apertura a un nuevo sistema de control de constitucionalidad.

En primer lugar, la experiencia (milenaria) del Derecho civil proporciona claves jurídicas para la autodefensa del orden constitucional frente a actuaciones en apariencia lícitas pero con efectos inconstitucionales 18. La crisis de Cataluña ha destapado la ausencia de disposiciones relativas a la eficacia general de las normas constitucionales, equivalentes en la esfera privada al fraude de ley, abuso, simulación o causa.

La aplicación analógica de estas categorías civiles exceptúa e invierte la *vis expansiva* del derecho constitucional mediante la contribución iusprivatista a la ineficacia 19. A diferencia del ordenamiento privado, los actos fraudulentos, simulados, ficticios o simbólicos adolecen de una terapia para impedir la convalidación de efectos inconstitucionales. Por esta razón, las disposiciones civiles pueden actuar como referente para abordar la inconstitucionalidad derivada del fraude de ley, el abuso, la causa o simulación.

Respecto del fraude constitucional, su imprevisión obstruye la reacción frente a los actos, resoluciones y disposiciones destinados a alcanzar un resultado prohibido o contrario a la Constitución (o Estatutos de Autonomía), en términos análogos al artículo 6.4 del Código Civil. 20. Esta figura podría adoptar el perfil de la denominada *acción de rodeo* (*umgehung des Gesetzes*), como una vulneración no palmaria o indirecta de las normas.

---

18 El Derecho Constitucional es una de las más jóvenes disciplinas jurídicas, si se compara con otras ramas fundamentales, como el Derecho Civil o el Derecho Penal. Éstas, de una u otra forma, tienen una existencia multiseccular o incluso milenaria, mientras que el Derecho Constitucional no puede remontarse más allá de un par de centurias.

19 Según Sagües, N., El concepto de desconstitucionalización, Revista de Derecho: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay, N.º. 2, 2007 (Ejemplar dedicado a: Revista de Derecho), por “constitucionalización del ordenamiento jurídico” podemos entender un proceso de transformación de éste, al término del cual “resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales”, porque la ley fundamental resulta “extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales”.

20 Para Nogueira Alcalá, H., Consideraciones sobre poder constituyente y..., cit., el poder constituyente derivado sólo puede operar dentro de los principios supremos del orden constitucional o formula política.

Según Sagües la versión extrema del falseamiento deliberado es el fraude constitucional *mediante la modificación o cambio encubierto de la constitución formal a través de la sanción de leyes ordinarias opuestas pero no declaradas inconstitucionales* 21. Durante la crisis territorial en Cataluña, se han aprobado normas *ex professo* (v.gr. Ley de transitoriedad jurídica y fundacional de la república y de referéndum) para otorgar cobertura jurídica a un resultado inconstitucional como la vulneración de la soberanía y unidad nacional.

La atipicidad del fraude constitucional repercute negativamente en la aplicación de una respuesta jurídica bien mediante el recurso a la norma que se ha tratado de eludir como el Código civil, o un régimen de responsabilidades y sanciones a los representantes políticos que promuevan la defraudación de la Constitución. Sin que los actuales controles de constitucionalidad se adapten a esta figura desde el punto de vista del objeto por su extensión a los actos sin fuerza de ley y declaraciones políticas. Como tampoco los efectos civiles del *fraus legis* resultan extrapolables al marco constitucional, considerando que no se precisa la declaración de inconstitucionalidad de la disposición que ofrece cobertura al fraude ni de la defraudada.

La impotencia de la Constitución para reaccionar a su propia defraudación, paradójicamente, tiende al riesgo de utilizar fraudulentamente los recursos actuales para su control de constitucionalidad, como en la crisis de Cataluña. Algún sector doctrinal advierte de la fraudulenta aplicación del artículo 161.2 CE sin conflicto entre Estado y CCAA, como también el recurso de inconstitucionalidad contra actos ficticios, hipotéticos sin condición normativa o fuerza de ley (v.gr. la convocatoria del Pleno del Parlamento con la propuesta de investidura de Presidente del Gobierno autonómico) 22.

La defraudación del derecho constitucional se ampara en la cobertura de la legitimidad institucional y en la apariencia formal o procedimental, dificultando la reacción desde la propia Constitución 23. Sin embargo, pese a ser una laguna del sistema constitucional, su comisión reiterada por los poderes públicos puede ser un vehículo capaz de provocar un fenómeno de *desconstitucionalización* progresiva 24 . El fraude constitucional contribuye

---

22 El catedrático Pérez Royo interpreta que “no hay base” para hacer uso del artículo 161.2 y califica de “fraude de Constitución” la decisión del Gobierno... como tributario del 161.1, el artículo 161.2 está previsto como un privilegio procesal del que puede hacer uso el Gobierno de la nación cuando hay un conflicto entre el Estado y una comunidad autónoma. Pero aquí no hay ningún conflicto, aquí ha habido unas elecciones y, como consecuencia del resultado, el presidente del Parlamento evacúa las consultas con los portavoces de los grupos y, una vez oídos todos ellos, hace una propuesta de candidato y convoca el pleno de investidura en el tiempo exigido por el Estatuto de Autonomía.

23 Vid., Sagües, N., El concepto de desconstitucionalización..., cit., la versión extrema del falseamiento deliberado —sostiene— es el “fraude constitucional”, que se dio de modo manifiesto, por ejemplo, con Mussolini, al manipular el Estatuto albertino de 1848, o con Hitler, al distorsionar las reglas constitucionales del texto de Weimar de 1919.14 b. Maurice HAURIOU empleó la expresión falseamiento de la constitución igualmente con dos acepciones, ambas referidas a la modificación o el cambio encubierto de la constitución formal. Una, mediante la sanción de leyes ordinarias opuestas a la constitución, pero no declaradas inconstitucionales por los órganos de control de la constitucionalidad, con lo que pueden terminar derogándola.

24 *Se llegó de este modo a la singular paradoja de la destrucción total de un sistema constitucional desde el ejercicio de su propia legalidad. Con lo cual, la pregunta inevitablemente 1 Cfr. G. Liet-Veaux, «La fraude à la Constitution», en Revue de Droit Public, 1942, p. 116. Cfr. Burdeau, Traité..., op. cit., p. 266. 2 Cfr. Burdeau, Traité, op. cit., p. 267. Elías Díaz, De la maldad..., op. cit., p. 65. 119 a responder no puede ser otra que la de: ¿puede el ordenamiento y la legalidad constitucional servir de cauce para su propia*

a la *desvalorización de la Constitución por su falta de pleno cumplimiento y a la erosión de la “conciencia constitucional”*<sup>25</sup>. *El falseamiento puede verificarse mediante la utilización de otros valores distintos de los constitucionales o por la práctica de una legislación inconstitucional no declarada tal* 26. Por esta razón, De Vega P. reconoce que el falseamiento de la Constitución conecta con la modificación no formal de la misma (Verfassungswandlung).

En suma, la manipulación continuada de normas constitucionales con fines contrarios al ordenamiento constitucional y por ende, sucesivos fraudes desde las instituciones, tienden a provocar una crisis de constitucionalidad e incluso un estado de desconstitucionalización 27. Desde esta última perspectiva, Loewenstein advierte del riesgo de *refrendo sociológico de la desconstitucionalización, que se produce cuando obtiene un real consenso en el medio, consecuencia, de vez en cuando de vivencias colectivas de desapego o indiferencia hacia la constitución.*

En el contexto de Cataluña, la fattispecie del fraude constitucional ha adoptado perfiles singulares por la defraudación no sólo de las normas, sino también de las resoluciones del tribunal constitucional y de las propias lagunas de la Constitución, el Estatuto de Autonomía y del Reglamento parlamentario.

Tampoco el abuso del derecho a la representación o participación política y el uso abusivo del poder legislativo presentan una autonomía y entidad propia como categoría constitucional 28.

---

*destrucción? O lo que es lo mismo: ¿cabe legalmente hablar de la existencia del golpe de Estado constitucional? El falseamiento de la Constitución y el fraude constitucional son dos prácticas de las que con fines políticos y personales se ha abusado y por las que se ha deformado el derecho constitucional. No obstante, aunque son unas rutinas constantes en la realidad jurídico-política, en México pocos son los trabajos que se refieren a dichos conceptos, los cuales han sido estudiados ampliamente por la doctrina francesa.*

25 El ejemplo más notable es el de la Alemania de Hitler, cuando el jefe de los nazis con las normas de la Constitución de Weimar destruyó el andamiaje constitucional de su país. Acabó con el parlamento porque consideraba que era inútil, prohibió los partidos por que solamente el movimiento nazi representaba al Estado y en general terminó con la democracia, ya que él no creía que las mayorías tuvieran la razón.

26 Vid., Sánchez González, S., Reforma, mutación y quiebra constitucionales, Ponencia presentada en las II Jornadas sobre Reforma de la Constitución, celebradas en Barbastro los días 27 y 28 de octubre de 2006, pág. 312, para De Vega, La palabra desconstitucionalización puede proyectarse igualmente hacia situaciones más sutiles, propias del llamado desmontaje (supra, sección 6), falseamiento (supra, sección 8) o desvalorización constitucional (supra, sección 7), cuando una regla constitucional no es formalmente cambiada pero sí resulta desvirtuada, pervertida, bloqueada o desnaturalizada, especialmente por prácticas, costumbres o interpretaciones mutativistas, por lo general manipulativas de la constitución,<sup>17</sup> que en definitiva producen una caída en el vigor jurídico (o fuerza normativa) del precepto constitucional sancionado en su momento.

27 Vid., Sagües, N., El concepto de desconstitucionalización..., cit., sin embargo, si en un país se dan situaciones de quebrantamiento de múltiples reglas constitucionales importantes, puede por cierto hablarse de una crisis de constitucionalidad lindante, o similar, llegado el caso, con un estado de desconstitucionalización. Quizá podría clasificarse el problema así: el decaimiento o la desvalorización (para hablar en términos de LOEWENSTEIN) de la constitución puede perpetrarse tanto por quebrantamiento como por desconstitucionalización inconstitucional.

28 Destaca Sagües, N., El concepto de desconstitucionalización..., cit., lo distintivo del abuso-desvío de poderes públicos es que se deben valorar las consecuencias, en términos fácticos, en particular si tales consecuencias constituyen un daño injustificado o un beneficio indebido; ambas situaciones excluidas por los principios que justifican en el ordenamiento la atribución del poder que ha sido usado. Un poder público, a diferencia del privado que es libre en la persecución de sus objetivos, está instituido para conseguir fines que materializan el interés público; Esta **lógica también podría aplicarse en línea teórica al legislador, en caso de que en el ejercicio de la función legislativa termine por violar principios constitucionales, o al juez, por ejemplo en casos donde haga**

Con carácter general, la extralimitación o exceso de los límites constitucionales presenta como modalidades la transgresión competencial en el ejercicio del derecho, la persecución de fines contrarios de los previstos en la ley (STS de 25 de octubre de 1999), e incluso, *una aparente conformidad del sujeto al contenido del derecho*. Desde esta última perspectiva, el abuso conecta con la apariencia jurídica en relación a los actos que aparentemente no sobrepasan los límites normales de ejercicio de un derecho. Según Ghestin “lo que caracteriza el abuso respecto a un simple exceso de los límites legales es la apariencia de legitimidad-legalidad de un comportamiento, lo que permite jurídicamente su tutela”. En este sentido, el abuso de las instituciones y de la representación política como reverso del derecho a participación política del artículo 23 CE, adopta una apariencia de licitud y juridicidad difícil de impugnar por fundamentarse en la legitimidad constitucional.

Paralelamente, la modalidad del denominado “constitucionalismo abusivo” (David Landau) se basa en el empleo de mecanismos o categorías constitucionales para posibilitar cambios políticos. Esta tipología del abuso puede reconocerse en el ejercicio de derechos de representación política durante la crisis de Cataluña, que bajo la cobertura de la legitimidad competencial y formal, vulnera su núcleo o contenido esencial 29. Al respecto, la STS Sala 3.<sup>a</sup> de 3 junio 2002 afirma que *«el fraude de ley y el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo que la ley no ampara, supone que, aun respetando los límites formales, se produzca una vulneración de los valores o de la idea axiológica que forma parte del contenido de la norma o del derecho subjetivo de cuyo ejercicio se trata...»*.

No obstante, en la actualidad y pese a su manifestación clave durante la crisis territorial de Cataluña, prevalece la ajenidad del abuso a la jurisdicción del Derecho constitucional 30. En esta línea, el Tribunal Constitucional (ATC Sala 1.<sup>a</sup> de 3 abril 2001) repudia la posible naturaleza constitucional del abuso aseverando que *«...en cuanto al abuso de Derecho y al fraude de Ley, ha declarado este Tribunal que se trata de cuestiones de legalidad ordinaria y que su tratamiento y resolución corresponde en exclusiva a los órganos integrantes del Poder Judicial, con sometimiento siempre a los cánones de la revisión constitucional antes reseñados (ATC, 325/1991 , FJ I)»*.

---

uso del poder de detención cautelar (custodia) sencillamente para condicionar al acusado «a asumir una determinada conducta procesal» 62

30 Los abogados de la Generalitat razonan que resulta "a todas luces desproporcionado, excesivo, contrario a las reglas de la buena fe procesal y, en definitiva, abusivo, acudir a la impugnación en sede constitucional de una norma como es el Reglamento de una cámara parlamentaria". El Govern ha presentado un recurso de súplica para que se levante la suspensión sobre la reforma del reglamento del Parlament, alegando que se ha producido un "abuso de derecho", y el Tribunal Constitucional (TC) preguntará a las partes antes de pronunciarse al respecto.

Por último, la previsión constitucional de categorías iusprivatistas como la causa y simulación posibilitaría una réplica jurídica ante los simulacros que han jalonado el proceso secesionista.

En el derecho constitucional la causa no encuentra cobertura jurídica, aunque sería extrapolable la opinión de García de Enterría admitiendo que conecta con la motivación, *pues esta última es un medio técnico de control de la causa del acto y como contenido del mismo*.

La motivación constituye el elemento principal de los actos, requisito de validez y condición de legitimidad de las decisiones de los poderes públicos. La sujeción de los actos constitucionales a la necesidad de motivación implica, dada su vinculación con la causa, que esta última presenta una larvada realidad constitucional, pese a su nulo desarrollo constitucional y jurisprudencial.

La constitucionalización de la causa se fundamenta no sólo en la motivación sino en la identificación de la misma con el interés público y conecta con la legitimidad material de los actos (Alessi)<sup>31</sup>. El control de la causa constitucional y su licitud se subordinan a la técnica de motivación de los actos constitucionales y de sus fines.

En conexión con la causa y la apariencia jurídica, cabe significar el protagonismo jurídico de la simulación definida como declaración de una voluntad no real emitida conscientemente con fines de engaño. Aunque a diferencia del fraude de ley, ejecutado sin ocultamiento alguno donde el artificio es patente, la simulación entraña como elemento característico la presencia de un engaño u ocultación maliciosa de datos relevantes ( STC 120/2005, de 17 de mayo, FJ 4).

La traslación de la simulación a la esfera constitucional parece viable respecto de aquellas declaraciones políticas o institucionales ficticias, con divergencia entre lo simulado y lo disimulado, concertándose para ocultar pretensiones inconstitucionales y generar una apariencia de constitucionalidad <sup>32</sup>.

La simulación institucional puede provocar efectos inconstitucionales si confiere al acto jurídico una apariencia que oculta su verdadero carácter y persigue fines contrarios a la Constitución. Sin embargo, la impunidad constitucional de la simulación contrasta con el derecho privado que invalida el acto simulado y otorga eficacia jurídica al disimulado.

---

<sup>31</sup> Vid., Carretero Pérez, Causa, motivo y fin del acto administrativo, Revista de Administración Pública N° 58. 1969, la causa de los actos administrativos tiene además un elemento original que no se da en los actos privados, que es constante y objetivo: el interés público. No importa tanto la voluntad del Agente como su realidad objetiva. Por su estructura, el acto administrativo no difiere del privado, pues ambos contienen una voluntad; pero varía su forma y finalidad, ya que la privada es libre, pero la pública es invariable: es el interés general.

<sup>32</sup> Vid., Irureta, Simulación y apariencia..., cit., lo relevante de todas estas consideraciones lo constituye el hecho de que la simulación, debido al carácter que presenta, constituye sin lugar a dudas una de las alternativas más concretas para burlar los propósitos del legislador, permitiendo un claro contraste entre el significado que un acto o conjunto de actos tiene hacia el exterior –jurídica y objetivamente considerados–, y el que verdaderamente le han atribuido sus autores.

En el actual escenario de crisis territorial, la simulación ha adoptado relevancia constitucional mediante la planificación de una “ingeniería institucional y orgánica” similar a la arquitectura societaria en el plano mercantil, donde se utiliza la autonomía patrimonial y la interposición ficticia de entidades para eludir el cumplimiento de la legalidad, obligaciones o responsabilidades 33. El desarrollo de un entramado de organismos, instituciones y administraciones aparentemente autonómicos simulando el ejercicio de competencias autonómicas, en realidad ha disimulado la construcción de una estructura destinada a una república independiente 34.

La instrumentación fraudulenta del derecho a la autonomía mediante la creación de entidades ficticias para abusar de sus personalidad jurídica, en perjuicio de los intereses públicos y con el fin de burlar la Constitución, debería permitir *levantar el velo* de las instituciones y organismos públicos, como faculta el ordenamiento privado para penetrar en su interior, examinar los intereses reales perseguidos y acotar los actos abusivos. Pero la Jurisprudencia constitucional adolece de experiencia en el control de los abusos de la personalidad jurídico-institucional y administrativa, aun habiéndose exteriorizado como vehículo para el fraude constitucional durante la crisis de Cataluña.

## 5. Reforma constitucional como antídoto de la crisis territorial

Desde la problemática emergente en Cataluña y las potenciales aspiraciones nacionalistas de otras Comunidades Autónomas, se plantea la oportunidad de una reforma constitucional, su contenido a través del derecho constitucional comparado y los límites de una eventual revisión 35.

En principio, según Carl Schmitt, *la facultad de reformar la Constitución significa que una o varias regulaciones legal-constitucionales pueden ser sustituidas por otras regulaciones legal-constitucionales, pero sólo bajo el supuesto que queden garantizadas la identidad y continuidad de la Constitución considerada como un todo*<sup>36</sup>.

---

33 Aborda Sartori en su obra *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, la proliferación de casos en los que los gobernantes, y por extensión las élites políticas que los rodean, a través de una *cuidadosa utilización de diversos mecanismos institucionales, acompañados ocasionalmente de mayor o menor habilidad en la utilización de campañas mediáticas o directamente de marketing político*, consolidan su poder. Esta situación (de utilización defraudatoria o fraudulenta) puede ser probada por, como ha señalado entre otras la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 995/2004, de 27 de octubre

34 La investigación judicial en curso sobre considera que ANC y Òmnium forman parte de un esquema de ocultación de fondos del que se ha beneficiado la Generalitat para eludir los controles del Gobierno y el Ministerio de Hacienda. La estructura sería la que habitualmente se considera como **sociedades pantalla o instrumentales**, con la única variante de que en esta ocasión, lejos de ser entidades mercantiles, son asociaciones.

35 Desde una perspectiva comparada, las Constituciones de nuestro entorno suelen limitar la reforma de la estructura territorial, como la de Alemania considerando ilícita toda modificación en virtud la cual se afecte a la división Federal de los Estados, a los fundamentos de la cooperación de los Estados en la potestad legislativa, o a los principios establecidos en los Artículos 1 y 20” (artículo 79.3); y la Constitución portuguesa prevé, como límites a la reforma constitucional, la independencia nacional y la unidad del Estado (artículo 288).

36 Destaca Nogueira Alcalá, H., Consideraciones sobre poder constituyente... cit., citando a Zagrebelsky precisará que “el poder de revisión de la Constitución se basa en la misma Constitución, si la contradijera como tal, para sustituirla por otra, se transformaría



Desde esta premisa, el límite de la reforma constitucional en nuestro país exige determinar su *contenido esencial* considerando como tal aquél núcleo intangible e irreformable de la Constitución española. El problema se centraría entonces en determinar si la unidad, el territorio o la nación indivisible entraría dentro del límite de lo identitario o por el contrario, sería reformable. La respuesta jurisprudencial, a propósito del referéndum de autodeterminación vinculante, se manifiesta en sentido positivo a una posible reforma constitucional. En este sentido, la STC 114/2017, de 17 de octubre afirma que *"lo que a todos afecta, es decir, la permanencia o no de ese Estado común en que España quedó constituida, no podría, llegado el caso, sino ser reconsiderado y decidido también por todos; lo contrario entrañaría, con la ruptura de la unidad de la ciudadanía, la quiebra"*. En consecuencia, *"la redefinición de la identidad y unidad del sujeto titular de la soberanía es cuestión que ha de encauzarse a través del procedimiento de reforma previsto en el art. 168 CE, por la vía del referéndum de revisión constitucional"* 37.

Sin embargo, esta posición relativista basada en las disposiciones de reforma constitucional, sin cláusulas de intangibilidad al respecto, reenvía a las denominadas por Otto Bachoff *normas constitucionales inconstitucionales*. Para este autor *habría cláusulas pétreas que limitan el poder de reforma para hacer perdurar la identidad del sistema y una norma constitucional también puede ser inconstitucional en virtud de violación del derecho constitucional material no escrito*. La remisión a un derecho suprallegal inmanente al orden jurídico y que no fue positivado a través de su transformación en derecho constitucional escrito», fundamenta la existencia de límites implícitos a la reforma constitucional 38. En particular, el legado histórico que precede a la Constitución española de 1978 compuesto por el territorio y la nación, podrían calificarse como cláusulas de intangibilidad intrínsecas 39. Al margen de la contradicción

---

en un poder enemigo de la Constitución y no podría invocarla como base de su validez. Quien combate a un enemigo no puede pretender hacerlo en nombre del mismo enemigo: 'los órganos que actúan contra la Constitución dejan de ser sus órganos'<sup>5</sup>

37 Según la referida STC 17 octubre de 2017, la Constitución admite "su revisión total", pero ésta sólo puede llevarse a cabo "en el marco de los procedimientos de reforma" que el texto constitucional prevé. "Es plena la apertura de la norma fundamental a su revisión formal, que pueden solicitar o proponer, entre otros órganos del Estado, las Asambleas de las Comunidades Autónomas... ha entrado en una inaceptable vía de hecho, ha dejado declaradamente de actuar en el ejercicio de sus funciones constitucionales y estatutarias y ha puesto en riesgo máximo, para todos los ciudadanos de Cataluña, la vigencia y efectividad de cuantas garantías y derechos preservan para ellos tanto la Constitución como el mismo Estatuto... De esta forma, **ha dejado a los ciudadanos "a merced de un poder que dice no reconocer límite alguno"**.

38 Para Otto Bachof, ¿Normas constitucionales inconstitucionales?, Tiempos del constitucionalismo, Lima 2010, la existencia de un "Derecho Suprapositivo" que ha de ser respetado por el propio Poder constituyente como condición para la validez de la propia Constitución., considerando que el "Derecho suprallegal" puede o no estar incorporado al texto constitucional, pero en cualquier caso la incorporación del mismo a la Constitución formal tiene carácter meramente declarativo, y no constitutivo; por ello la vulneración de este "Derecho suprallegal" es una infracción de la Constitución, que convierte en inconstitucional a la disposición infractora.

39 El argumento **teleológico** cae por su propio peso cuando se examinan los diarios de sesiones de las Cortes constituyentes: todas las fuerzas políticas rechazaron introducir "cláusulas de intangibilidad" que impidiesen reformas (al estilo de la Ley Fundamental de Bonn respecto de la forma política del Estado, o las constituciones italiana o francesa respecto de la Jefatura del Estado).Vid., Nogueira Alcalá, H., Consideraciones sobre poder constituyente y..., cit., los límites implícitos son los que se deducen del texto constitucional y de sus valores y principios fundamentales, que invalidan la utilización de la reforma constitucional para destruir los principios básicos estructurales del sistema constitucional vigente. Esta doctrina es sostenida por autores diversos entre quienes se cuentan, en España, Pablo Lucas Verdú, Osear Alzaga, Javier Ruipérez; Requejo Pagés, Pedro de Vega, entre otros; en Italia, Mortati y Barile; en Suiza, Giacometti, Kági, Naviasky, Dupráz. Los límites autónomos implícitos son aquellos límites que se deducen del sistema constitucional democrático cuya alteración produce una desnaturalización de las bases fundamentales del ordenamiento

subyacente en garantizar la pervivencia de ciertos contenidos constitucionales a través de su procedimiento hiperrígido (artículo 168 CE) y que, sin embargo, no se protegiera a sí mismo 40.

La reforma del contenido estructural de la Constitución no implicaría propiamente tal si afectase a la indivisibilidad territorial, ante la percepción más exacta de un texto refundido constitucional 41. La extralimitación del poder constituyente puede fundamentarse en la indisponibilidad de elementos identitarios de la Constitución (unidad, la soberanía nacional o los valores de la convivencia), por su naturaleza metaconstitucional. La reforma *secundum legem* de la integridad territorial no está exenta de inconstitucionalidad si determina un impacto perturbador de la convivencia y presenta un deficiente fundamento democrático por no ser suficientemente demandada desde la sociedad 42. Por estas razones y en sintonía con las Constituciones de nuestro entorno, cabría plantear una reforma de la “reforma constitucional” para delimitar el contenido esencial de la Constitución en su conjunto y dirimir la existencia de un núcleo indisponible por el poder constituyente 43.

Respecto del contenido de la Reforma, la contribución del derecho comparado a una reforma constitucional como respuesta a la crisis territorial, se vertebraría en torno a la soberanía nacional, consultas autonómicas y primacía del orden constitucional.

En relación a la soberanía nacional, la Constitución francesa (artículo 3), resuelve cualquier intento de fragmentación señalando que “ningún sector del pueblo ni ningún individuo podrán arrogarse su ejercicio. De otra parte, para la convocatoria de consultas

---

constitucional y del régimen político o fórmula política establecido por el constituyente, como son, generalmente, entre otros, el alterar el principio de la autodeterminación del cuerpo político de la sociedad,

40 *Se argumenta que una interpretación de la voluntas legislatoris, fue garantizar la salvaguarda de instituciones básicas del Estado y Derechos Fundamentales más allá del plano formal, sin que quepa esquivar el procedimiento de reforma de una manera tan burda, calificada de “fraude de Constitución” ... De lo contrario, es probable que, llegado el momento, quienes buscan romper el candado encuentren para su regocijo las llaves puestas y el pasador recorrido.*

41 Vid., Nogueira Alcalá, H., Consideraciones sobre poder constituyente y..., cit., *la alteración de estos contenidos estructurales o fundamentales del ordenamiento institucional implica una traición o un fraude a la Constitución, ya que elimina la estructura dogmático-constitucional básica de la convivencia institucionalizada, destruyéndose el orden constitucional o sustituyéndolo por otro.* Para otros autores, la modificación de las normas que establecen la inmodificabilidad de otras normas materiales de la Constitución establecidas por el poder constituyente originario, deja de ser un acto constitucional para situarse en los límites de una ruptura constitucional o una manifestación de un fraude a la Constitución. Quienes asumen tal perspectiva, sostienen que ninguna fuente puede disponer de su propio régimen jurídico arrojándose un valor que constitucionalmente no tiene.

42 Resulta especialmente contundente la Constitución francesa afirmando que ningún procedimiento de revisión puede ser iniciado o llevado adelante cuando se refiere la integridad del territorio (artículo 89). Destaca Nogueira Alcalá, H., Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional, cit., para quien el ejercicio del poder constituyente reaparecerá cada vez que su titular, el cuerpo político de la sociedad, lo demande para generar un nuevo orden constitucional.

43 Si el texto constitucional se puede modificar en su totalidad, o de una manera parcial que transforme uno o varios de sus elementos estructurales -por ejemplo, reconociendo el **derecho de autodeterminación territorial**-, no cabe impedir en una norma legal la existencia de partidos que puedan perseguir objetivos que son susceptibles de alcanzarse **reformando la norma fundamental**; tampoco cabe excluir de un proceso electoral las propuestas que vayan en esa misma dirección.

por entidades territoriales se prevén como límites constitucionales aquéllos que afecten a problemas relativos a su organización, competencias o a su régimen legislativo (artículo 72.4 Constitución francesa). El sometimiento del poder legislativo al orden constitucional se establece expresamente en la Constitución alemana, con previsión incluso de un derecho de resistencia de todos los alemanes contra cualquiera que intente eliminarlo y no fuere posible otro recurso. También el artículo 28 Constitución alemana impone que “el orden constitucional de los Länder debe responder a los principios del Estado de Derecho republicano, democrático y social.

Por último, en relación a los límites de lo reformable, el punto de partida se centra en las actuaciones institucionales simbólicas, declaraciones políticas ficticias, vías de hecho, actos no consumados, disposiciones sin fuerza de ley, simulacros institucionales, desarrollados en un espacio intermedio entre la apariencia y la realidad constitucional. Las dificultades de contención jurídica a través de los mecanismos reglados de control de constitucionalidad, plantean el recurso a otros instrumentos alternativos e incluso, preventivos mediante una revisión constitucional.

En particular, la apertura de un debate jurídico sobre la oportunidad y constitucionalidad de nuevos mecanismos de control por el Tribunal Constitucional se ha suscitado a raíz de la impugnación por el Gobierno de la propuesta de investidura del expresidente autonómico y la adopción de medidas cautelares no solicitadas e impugnación con efectos preventivos. Aunque también los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera en cumplimiento del artículo 135 CE habían revelado con antelación una aplicación constitucional preventiva de su legislación de desarrollo 44

La apariencia y la legitimidad aparente pueden generar una **inconstitucionalidad difusa** sin una fuente o causa puntual de infracción constitucional, mediante la confluencia de múltiples actos conexos cuya conjunción provoca el incumplimiento de la Constitución, y cuyos efectos inconstitucionales retardados o dilatados en el tiempo, suscitan el riesgo constitucionalizarse a posteriori por la adhesión de la ciudadanía o el reconocimiento internacional. En consecuencia, las actuaciones e interpretaciones parlamentarias inconstitucionales y también de los poderes públicos, pueden consolidarse y constitucionalizarse pese a ser originariamente *contra legem* 45. La impotencia del

---

44 Reflexiona García-Escudero, P., García-Escudero, P., Sobre la reforma del artículo 135 de la Constitución, Crónica Presupuestaria 1/2013, Estudios y Notas 94 ¿Puede el artículo 155 CE legitimar el establecimiento de un procedimiento previo, en forma de controles a las Comunidades Autónomas? ¿Las obligaciones constitucionales y legales de las Comunidades pueden amparar el establecimiento de controles por parte del Estado, como paso previo a la aplicación del artículo 155 CE? ¿Pueden amparar estos controles el nuevo artículo 135 CE o las competencias estatales ex artículo 149.1.13 y 14 CE?; Albertí Rovira, El impacto de la crisis financiera en el Estado autonómico español, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 98, mayo-agosto, 2013, págs. 73 y ss., En el plano interno, el nuevo marco supone sujetar a las Comunidades Autónomas al poder de supervisión y control del Estado, en términos más amplios y más incisivos que el marco anterior, que se justifica ahora directamente en el artículo 135 CE, como se ha indicado ya. Este poder se expresa a través del diseño detallado de procedimientos, que se integran en un mecanismo general de control que desemboca en las facultades extraordinarias de intervención que el artículo 155 CE atribuye al Estado. La intervención estatal ex artículo 155 CE no es nueva, sino que forma parte del diseño original de la Constitución. Pero sí lo es la previsión, detallada y minuciosa, de los supuestos y los procedimientos que, al menos en este campo, pueden conducir hasta ella, con una clara inspiración en el Derecho comunitario europeo.

45 Jellinek admite mutaciones constitucionales derivadas de la práctica parlamentaria inconstitucional, bajo el argumento de que lo que aparece en un momento inconstitucional emerge más tarde conforme a la Constitución. Pero no sólo interpretaciones parlamentarias incorrectas pueden provocar esas mutaciones, también las puede producir la administración y los tribunales, pues, esas

Tribunal Constitucional frente a los actos públicos aparentes, ficticios o simbólicos, las declaraciones políticas con potenciales efectos jurídicos y la exención de controles de constitucionalidad adaptados a la singularidad de una especie de *fake ius*, engendra el peligro de mutaciones constitucionales. El fenómeno de conversión de lo inconstitucional en constitucional sería viable a través de la confianza en la “apariencia de constitucionalidad”, la presunción de intranscendencia constitucional y la incapacidad de reacción de los actuales recursos.

Desde esta última perspectiva, los controles de constitucionalidad vigentes no permiten una impugnación preventiva para evitar efectos nocivos y la consumación de actos no sujetos al recurso de inconstitucionalidad. La necesidad de una respuesta constitucional *ex ante* se ha suscitado a raíz del desafío en Cataluña (v.gr. apremiante recurso planteado por el Gobierno contra la investidura del ex presidente de la Generalitat), con el fin de prevenir “hipotéticos o presuntos efectos” de extrema gravedad inconstitucional. El Tribunal Constitucional ha efectuado un control de constitucionalidad del artículo 161.2 CE, sobre una propuesta política para la investidura de un candidato perseguido por la justicia, recurriendo a una medida cautelar no solicitada y sin esperar al acuerdo de nombramiento 46. La complicada retroacción jurídica de los efectos derivados de *la apariencia constitucional* deriva de la confianza ciudadana generada, así como de la posible consolidación de la situación subyacente mediante actos posteriores que traen causa de la actuación originaria inconstitucional no impugnada. Por esta razón, emerge la controversia en torno a la inefectividad del actual sistema de control de constitucionalidad *ex post facto*, para reaccionar contra el fraude constitucional.

La irrupción de un falso derecho ficticio o simulado, con base en la apariencia digital, cuestiona la exigencia de un control de constitucionalidad alternativo y proporcional a la gravedad de sus posibles efectos inconstitucionales y antijurídicos. En definitiva, la posverdad jurídica y su transversalidad en el Derecho reclaman un análisis prospectivo frente a una fenomenología *aparentemente* disruptiva con la realidad.

---

actuaciones inconstitucionales pueden originar modificaciones de la Constitución cuando reiteradamente efectuadas se imponen en la práctica.

46 El Consejo de Estado reconoció la inviabilidad de una "impugnación preventiva" por resultar "prematura". *El recurso que presentó el Gobierno del PP "se funda no en la inconstitucionalidad del texto normativo impugnado, sino en la presunción de su futura aplicación a un supuesto determinado", en el contexto del proceso soberanista. " El texto de la norma impugnada no comporta per se un vicio de inconstitucionalidad, sino que ese pudiera resultar, en su caso, de su futura aplicación según una determinada de sus posibles interpretaciones". Se trata de un recurso meramente interpretativo, contrario al principio de presunción de la constitucionalidad de las leyes.*