

Zagrebel'sky, Gustavo:
Principios y votos. El Tribunal
Constitucional y la política
Minima Trotta, 2008

En los tiempos que corren todos los Estados compiten por ser los primeros en tener una Norma suprema, superior o constitucional que avale sus actuaciones. Sin embargo, aunque se entiende que la Constitución es la norma por excelencia, varía notablemente de país a país e incluso en un mismo país, según épocas históricas: a la unanimidad ha sucedido una pluralidad de concepciones, de tal forma que en la tensión del tiempo presente apenas encuentran un punto común de partida.

Esto quiere decir que hablar de Constitución en si, no significa nada, aunque lo pueda significar todo. Al definir la Constitución como norma suprema se hace una afirmación relativa exclusivamente a su posición en el ordenamiento jurídico, pero tanto el concepto de Constitución como su contenido concreto es objeto de otro punto de vista que es el que tiene en cuenta la función de las normas constitucionales.

En efecto, hasta finales del siglo XIX las Constituciones no eran objeto de un tratamiento jurídico, de un Derecho constitucional, sino de estudios de Teoría política, será posteriormente cuando se empieza a considerar a la Constitución como una norma jurídica, que regula jurídicamente los poderes que constituye, incluido el del legislador democrático, y que la eficacia jurídica de esa norma se concreta a través de la jurisdicción constitucional, a través de un de un tribunal que no puede ser un órgano representativo ni insertarse en el proceso político como lo hacen los que tienen tal carácter o dependen de ellos. La Constitución se *juridifica y se judicializa* y ese fenómeno hace que sea necesario distinguir la teoría política de la Constitución y el Derecho constitucional.

Ahora bien, la moderna idea de Constitución es aquella que además de configurar y ordenar los poderes del Estado por ella construidos, establecer

★ Directora de Gestión Parlamentaria de la Asamblea de Madrid.

los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe cumplir en beneficio de la comunidad, tiene pretensión de permanencia lo que hace necesario que deba adaptarse a las cambiantes condiciones sociales y políticas. Esto es, como decía Locke, con independencia de cual sea el contenido de la Constitución, toda Constitución debe dar testimonio de una postura espiritual respecto a los valores que rigen en el campo jurídico. Valores que, aunque se encuentren a resguardo de las cambiantes mayorías, al interprete toca descubrir e investigar, de tal forma que ninguna norma subordinada pueda desconocer ese cuadro de valores básicos.

Se mezclan así en la Constitución sus dos grandes peculiaridades: *la superlegalidad formal* con *la superlegalidad material*, esto es se imponen formas reforzadas de cambio o modificaciones constitucionales frente a los procedimientos legislativos ordinarios, que aseguran a la Constitución una preeminencia jerárquica sobre todas las demás normas del ordenamiento, producto de los poderes constituidos por la Constitución misma, obra del superior poder constituyente.

La superioridad intrínseca de la Constitución sobre cualquier otra norma requiere para su efectividad, la existencia de órganos y procedimientos adecuados que la lleven a efecto. Por lo que, todo acto o norma que haya de ser aplicado o enjuiciado en el curso de un procedimiento debe ser sometido a un previo contraste o examen de compatibilidad con todas las normas de rango superior y con la Constitución, debiendo negarse validez y fuerza de obligar a los que contradigan a tales normas superiores. Lo que puede llevarse a cabo siguiendo el modelo norte americano (con un régimen de control jurisdiccional difuso y de naturaleza incidental), francés (con un sistema de control exclusivo confiado a un órgano político que actúa al término del procedimiento legislativo) o, el modelo austriaco o kelseniano (con un régimen de control concentrado y abstracto, por un Tribunal).

La mayor parte de los países europeos han seguido el modelo kelseniano de control de constitucionalidad de las normas, creando un Tribunal Constitucional. Kelsen pensaba que para anular un acto supuestamente inconstitucional, era necesario atribuir dicha función a un órgano independiente de cualquier otra autoridad pública, es decir a un órgano especial creador de la jurisdicción constitucional. La Constitución tiene también una función política "*la de poner límites jurídicos al ejercicio del poder*". Por esta razón los órganos que ejercen el poder político son los menos indicados para ser los garantes de la Constitución, al ser más propensos para incumplir las estipulaciones constitucionales y, además nadie debe ser juez y parte de su propia causa. Como los tribunales al juzgar y ejecutar lo juzgado crean normas, esta producción normativa es también función política de creación de derecho, por ello debe haber un Tribunal independiente, tanto del Parlamento como del Gobierno que pueda dirimir las controversias constitucionales, esto es un Tribunal Constitucional. Pero el control de la constitucionalidad, para velar por *la superlegalidad material* de la Constitución se caracteriza por realizar funciones de creación / innovación del

derecho lo que para Kelsen no era ninguna invasión del Legislativo, porque el Tribunal Constitucional participa, como el resto de la Comunidad jurídica en la creación normativa, ya que puede producir leyes, normas generales de signo negativo, al anular leyes que eran anteriormente válidas.

Ahora bien, esa explicación que a Kelsen le valía por entender al Tribunal Constitucional como legislador negativo, se ve truncada desde el momento en que el Tribunal impone la verdadera, la válida determinación de un precepto conforme a su contenido constitucional, esto es cuando pasa a ser un Tribunal que dicta sentencias interpretativas.

Además Kelsen ideó su modelo de Legislador negativo para Constituciones con preceptos jurídicos determinados, no ambiguos o jurídicamente indeterminados, esto es, para Constituciones que no incluyesen principios y valores tales como: igualdad, justicia, libertad, etc., ya que, ello da lugar a que la Constitución este constituida por normas o cláusulas programáticas que hacen del Tribunal un discrecional determinador de la correcta interpretación y le otorgan un poder excesivo con respecto al Parlamento legislador. La ambigüedad que provocan los principios o juicios iusnaturalistas en el derecho positivo podría quebrar la técnica de control ideada por Kelsen. Un Tribunal Constitucional podría declarar inconstitucional una ley, por ser contraria a lo que es su comprensión de lo que es, por ejemplo, la libertad y por ende se convertiría en un Tribunal con un poder excesivo. Por eso, para Kelsen una Constitución que regula la creación de un Tribunal Constitucional debe abstenerse de regular todo tipo de principios y valores iusnaturalistas.

El problema es que actualmente, la mayor parte de los países europeos regulan un Tribunal Constitucional tal y como lo diseñó Kelsen pero, que dicta sentencias interpretativa y en el marco de Constituciones que regulan estos principios y valores constitucionales. Principios que han de ser jurídicamente indeterminados, porque han de ser entendidos como un conjunto de alternativas que deje siempre abierto lo que Bloch llamó el *principio de esperanza* y evite la petrificación de una situación dada para que haga posible y permita a cualquier idea o tendencia la oportunidad de llegar a ser mayoritaria. La Constitución sería por tanto, un proceso indefinidamente abierto, un construir continuo de la vida política y social. El Tribunal Constitucional se ha convertido en el órgano de mayor poder de un Estado.

En el libro, objeto de la presente recensión, "*Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la Política*" Gustavo Zagrebelsky fruto de su experiencia de nueve años como magistrado del Tribunal Constitucional italiano intenta dar respuesta al problema que se ha planteado, al preguntarse El mismo, *que función ejerce un órgano de control que viste la toga del juez, si es verdad, que, como interprete, le compete el mismo papel que le corresponde al autor de la Ley.*

Para responder a esta cuestión, Zagrebelsky, en el Capítulo 3 del libro, parte de intentar definir la esencia de toda Constitución, como un conjunto de puntos basilares de la vida en común sobre los que no se puede votar, es decir, los principios sustanciales de la vida común y las reglas del ejercicio del poder público aceptados por todos, situados por ello fuera, incluso por encima, de la batalla política.

Se puede decir que La Constitución fija en primer lugar el *Pactum Societatis*, con el cual se acuerdan las condiciones de convivencia, en ese recíproco respeto que protege del conflicto extremo, es decir de la guerra civil. Sobre la base de este primer acuerdo se aplica el *Pactum Subiectionis* al que estamos sujetos por las decisiones del Gobierno legítimo. Los dos pacta son necesarios y, los gobernantes que han aprendido de la experiencia, saben que el respeto del *Pactum Societatis*, es decir de la Constitución, es garantía para gobernar sin conflictos. Por ello para este autor la Constitución debe ser instrumento de gobernabilidad, no obstáculo o dificultad para el Gobierno.

Añade así en el Capítulo 4 que, al no ser la Constitución un mero trozo de papel, actúa a través de su interpretación e interpretarla a veces significa modificarla, aun dejándola inalterada en su aspecto exterior de texto escrito. Dicha interpretación debe corresponder al Tribunal Constitucional.

Ahora bien, a pesar de los “Pacta”, el problema no desaparece, como decía Carl Schmitt en toda cuestión de derecho Constitucional el problema que los tribunales deben resolver siempre se refiere al contenido de la norma constitucional. La determinación del contenido de una norma constitucional es legislación constitucional por lo que el Tribunal Constitucional se convertiría en supremo legislador tácito, escondido entre formas jurisdiccionales. Razón por la cual el Tribunal Constitucional es mezcla de política (materia) y jurisdicción (forma). La crítica schmittiana ya era reveladora de este grave peligro, el peligro de la politización de la justicia constitucional. Si no es posible negar la naturaleza política del Tribunal Constitucional, tenemos que concluir que la justicia constitucional es un engaño, o como dice Gustavo Zagrebelsky

“Pensar que se trata simplemente de otro campo de la eterna lucha por el poder, que se desarrolla en una sede reservada, sin micrófonos, sustraída al control de la opinión pública y, por ello, expuesta a los instrumentos de la política degenerada: presiones, amenazas, favores, promesas e influencias externas, acuerdos secretos, corrupción. En síntesis, es fácil alimentar la sospecha de que el derecho constitucional es sólo un pretexto para esconder una realidad que poco o nada tiene que hacer con la justicia constitucional, y que los puestos en la mesa de la sala de deliberaciones son algo que se disputan facciones y partidos en la gran contienda por el reparto de poder”.

En aras a evitar que el Tribunal Constitucional sea así entendido el autor del libro va exponiendo en los Capítulos siguientes, una serie de argumentos para intentar convencernos de que aunque el Tribunal Constitucional no es un órgano apolítico sus sospechas de naturaleza corrupta pueden evitarse si lo entendemos como:

— El que aplica la Constitución y por tanto el que aplica el *Pactum Societatis*. Aplicando esta duplicidad de significados se puede hablar del Tribunal Constitucional en política. Es por tanto, un Tribunal que está dentro de la política, en el *pactum societatis*, esto es entendiendo política como actividad dirigida a la convivencia. (Capítulo 5).

— Debe ser un Tribunal tranquilo y sosegado, empeñado en largas discusiones y propenso a la unanimidad, sin que se use las mayorías. En cada

decisión, al menos en las de relieve, deben ser escuchados todos y adoptarse las decisiones con el mayor consenso posible. La razón del consenso es la mayor aceptación por parte del público. (Capítulo 6).

— Un Tribunal que no sea un colegio tripartito, donde el estatus sea idéntico para todos y donde todos deban olvidarse de su procedencia. La singularidad de su función (garante de la Constitución) no puede tener precedentes constitucionales. En el momento de la elección quien designa o nombra lo hace basándose en un currículum, apreciación de la persona, pero el nombrado no tiene nada que devolver, lo que en Estados Unidos se llama “*obligada ingratitud*”. (Capítulo 7)

— Tiene que ser un Tribunal con autoestima, donde los magistrados se hagan valer ante sus colegas en el cumplimiento de su trabajo. Si en el trabajo diario, un juez se expusiera a la crítica de ser una longa manus política, su autoridad desaparecería irremediablemente. (Capítulo 8)

— La colegialidad del Tribunal asume un significado profundo, que va más allá del mero respeto a las reglas de funcionamiento. El Tribunal es un cuerpo decisorio unitario que se sirve de quince fragmentos activos, mas o menos pequeños. De Ahí que se despersonalice el Tribunal, que no existan los votos particulares y que sea un auténtico sacrificio para algunos magistrados (de nueve años). La lógica que mueve al Tribunal es horizontal no vertical: compositiva e integradora de toda posible razón constitucional. Esta forma de actuar se opone a un Tribunal Constitucional que hace política en el segundo sentido del término. (Capítulo 9)

— Para el Tribunal Constitucional cuando una cuestión se somete a su consideración, es para volver a confirmar la continuidad del valor de la Constitución. Nunca se puede partir de cero, sino fuese así, la resolución parecería producto de la voluntad del momento y no de la razón jurídica radicada en los textos constitucionales y elaborada en el curso de los años por la jurisprudencia. El precedente tiene un altísimo valor, es una exigencia de continuidad, aunque resulta evidente que el juicio de constitucionalidad cambia si varía el ordenamiento jurídico o el significado de los valores constitucionales de referencia. La jurisprudencia debe estar viva pero, el desarrollo es gradual y se desenvuelve a través de interpretaciones de los precedentes, distinciones y ajustes progresivos. (Capítulo 10)

— En el Tribunal Constitucional, los magistrados aunque son hombres comunes que no se diferencian del resto de los mortales deben cumplir el juramento de su cargo, luchando contra las causas exteriores extrañas y las derivadas de uno mismo. (Capítulo 11)

— El Tribunal debe estar rodeado de altas murallas para defender su independencia de otros, a través de la prohibición de ejercer actividades públicas y privadas distintas, la inmunidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de su cargo y la protección contra iniciativas judiciales vejatorias, la garantía de retorno del magistrado al puesto que ocupaba, una retribución mas que suficiente para una existencia libre y digna, etc. Esto es, todo Magistrado termina

siendo juez de sí mismo. Por eso todo abuso es particularmente censurable sobre el plano ético, aunque no en el jurídico. (Capítulo 12)

— La razón de los magistrados debe ser el Derecho, es decir algo separado de la vida y de la inmediatez de los hechos, y de lo que ellos llevan en sí de tosco, ocasional, arbitrario y prepotente. El Derecho constitucional es sutileza, estabilidad, ponderación y equilibrio entre los factores principales de la vida social y política. La justicia constitucional protege la democracia. Su función consiste precisamente en evitar que uno, una parte, se adueñe de la “*cosa de todos*”, echando a la otra parte de la propiedad común: en resumen la justicia constitucional es republicana. (Capítulo 13)

Sin embargo el propio Zagrebelsky es consciente de que en los cincuenta años de justicia constitucional en Italia el Tribunal constitucional no ha estado a la altura de su deber, que no siempre ha contribuido a la formación de la conciencia constitucional nacional, a la formación del patrimonio espiritual de su país. Y ello porque son instituciones desprestigiadas donde o bien se busca salir del paso, como vía de escape, no prejuzgando nada e inadmitiendo por razón de forma, desplazando a otro momento o a otra sede la solución del problema y evitar con ello enfrentamientos internos o externos, o bien se politizan las resoluciones acudiendo a los más dispares precedentes, lo que en cada momento circunstancialmente interesa en un intento de falsa continuidad o bien por la sencilla y clara falta de independencia del Tribunal por muy distintas y dispares causas. En suma, el problema sigue sin resolverse.