

ZAGREBELSKY, Gustavo: *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, traducción de M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2008, 109 págs.

Este libro ofrece una traducción al castellano de *Principî e voti. La Corte costituzionale e la politica*, publicado originariamente en 2005 (Turín, Guilio Einaudi editore). Su autor ostenta un liderazgo tan conocido en la doctrina constitucional que cualquier justificación al respecto devendría aquí notoriamente ociosa. Pero a los efectos de emitir un juicio sobre el libro, habida cuenta de sus apreciables valores añadidos, sería del todo injusto apoyar su calidad sólo en la del jurista a quien se debe el texto.

*Principios y votos* contiene una reflexión sucinta pero completa acerca de la problemática función de un Tribunal Constitucional. Gustavo Zagrebelsky hilvana sus tesis a partir de la experiencia de la *Corte Costituzionale* italiana y de la suya propia, en cuanto miembro de esa Corte durante nueve años (1995-2004). Esa circunstancia no conduce a consideraciones únicamente válidas para el caso italiano. Al contrario, son destacables las incidencias del pensamiento *zagrebelskyano* a la realidad de cualquier tribunal con altas funciones de jurisdicción constitucional. Dentro de ese concepto cabe, por ejemplo, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, de cuyo paradigma el autor es capaz de extraer sugerentes pasajes para ilustrar algunas de sus ideas.

Gustavo Zagrebelsky no se aparta en ningún momento del trasfondo que le significa su vivencia como magistrado y como presidente de la Corte Constitucional italiana. A partir de esa experiencia, se muestra preocupado por la incompreensión y el desconocimiento que, a su juicio, sufre esa institución en la comunidad política de su país. Con este libro, el autor quiere contribuir a contrarrestar esos padecimientos que para cualquier tribunal de esta clase sólo sirven a demeritar su imagen, o lo que es aún peor, a menoscabar su legitimidad. Sin embargo, aunque el autor no lo advierta explícitamente, el libro es algo más que explicación de lo incomprendido o información sobre lo desconocido. En realidad, Zagrebelsky articula un escrito de corte testimonial plagado de críticas, a veces severas, a las maneras en que se ejerce, o en que podría pensarse que se ejerce, el encargo de juez constitucional. Será comprensible que no quepa hacer aquí referencia puntual a esas críticas (por lo demás, interesantes) más allá de lo que permita no distraer la atención de las ideas básicas que guían el contenido del libro.

Zagrebelsky empieza admitiendo que el Tribunal Constitucional es una institución aparentemente contradictoria. Cabe afirmar que juzga la política, pero que al mismo tiempo no pertenece a ella. Puede decirse también que forma parte de la democracia y que, a su vez, no deriva de ella. Con estas contradicciones «aparentes» como punto de partida, el autor se propone desmontar la idea de que ellas jueguen en contra de la autoridad del Tribunal Constitucional.

Es apreciable que en la inagotable discusión teórica acerca del papel que tiene el Tribunal Constitucional en una democracia, Zagrebelsky tome partido con unas firmes convicciones. Lo hace con tesis atractivas, que defiende airada y, casi en todos los casos, convincentemente, a lo largo de los trece breves capítulos que componen su libro. La fundamentación de su posición doctrinal puede reconstruirse en seis tesis principales.

\* \* \*

Una primera tesis sirve a demostrar el desfase existente entre el marco normativo que rige la actuación de los jueces constitucionales y la realidad práctica de sus labores cotidianas (*vid.* el prefacio del libro). La actividad extranormativa que se manifiesta en la vida interna del Tribunal Constitucional es tan incisiva para comprender su funcionamiento que es un error pasar por alto tal aspecto a la hora de razonar teóricamente sobre la institución, como por lo común se hace. El marco jurídico de actuación del Tribunal dice poco de lo que existe dentro de él: acuerdos, prácticas, relaciones interpersonales, modos de ser, modos de hacer, maneras de pensar, o comportamientos de cada uno de sus miembros. Esto es para el autor, sin embargo, el elemento «esencial» del Tribunal Constitucional. Es un elemento prejurídico o jurídico-cultural que, por tanto, dista mucho de pertenecer al mundo de las normas escritas (pág. 12). Una cosa son los planos del «ser» y del «deber ser» de la jurisdicción constitucional. Otra muy distinta es, nos dice el autor, el mundo condicional del «debería ser» del que cabe decir algo también en relación con esta jurisdicción. El plano del «debería ser» suscita preocupación, pues dentro de él cabe hablar de inquietantes temas tales como la posibilidad de corrupción ética o intelectual por parte de sus miembros, por poner un ejemplo.

Si la primera tesis sostiene que la esencia del Tribunal Constitucional es extranormativa, la segunda postula que su corazón es aquello que en el caso italiano se conoce como su *camera di consiglio* (la «sala de deliberaciones»; *vid.* principalmente capítulos 1, 7 y 9). El Tribunal Constitucional es un órgano colegiado y en cuanto tal se encuentra integrado por varios miembros cuya significación sólo se entiende en su conjunto, y no a partir de los individuos que componen ese conjunto. La *camera di consiglio* es la representación inequívoca de la colegialidad del Tribunal. Un trabajo como el que realiza el Tribunal Constitucional «presupone confianza recíproca e interés recíproco de cada uno por las opiniones de los demás» (pág. 18). El trabajo colectivo impera sobre el individual y por ello las aportaciones personales se disuelven para fundirse en un producto cuya autoría corresponde al Tribunal (pág. 44). Aún más, la idea de colegialidad también propicia la superposición de aptitudes formativas de los jueces en beneficio del colegio: «las limitaciones de algunos pueden equilibrarse con las virtudes de otros» (pág. 79). Así, la singularidad de cada juez constitucional es menos relevante de la que desde fuera del Tribunal comúnmente se cree.

Este argumento es especialmente consistente cuando se habla de la Corte Constitucional italiana: dado que tienen cancelada la posibilidad de emitir votos particulares, en efecto, es más sencillo comprender por qué los jueces de esa Corte «no son nada fuera del Tribunal» (pág. 62). Esta carencia del sistema, tan criticada en la doctrina italiana y extranjera, es algo que para Zagrebelsky, sin embargo, se justifica plenamente en el contexto italiano. Para el autor, hay una razón insuperable: la exigencia de unidad, uno de los valores de la colegialidad. Los votos particulares podrían debilitar la resolución mayoritaria ante una opinión pública como la italiana que, a su juicio, es fácil objeto de manipulación política (págs. 64-65).

A propósito de la composición del Tribunal Constitucional, Zagrebelsky llega a pronunciarse sobre un tema que *mutatis mutandis* resulta especialmente interesante para España, dada la reforma operada a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en mayo de 2007 (validada por el propio Tribunal en la STC 49/2008 y de alguna manera recon-

ducida por la STC 101/2008). En virtud de esa reforma, como se recordará, se concede participación a las Comunidades Autónomas para integrar los candidatos que designe el Senado como magistrados del Tribunal Constitucional español. Para el autor, que exista una latente conflictividad entre el Estado y las regiones en Italia no justifica una suerte de «cuota de jueces representantes» de las regiones. La idea es peligrosa en cuanto puede producir una apariencia de representación territorial o de organización grupal de jueces «orgánicamente vinculados a sujetos externos de los que reciben su razón de ser y su legitimación» (pág. 53).

La participación que tienen los partidos políticos en el nombramiento de un determinado número de magistrados constitucionales, vía cámaras legislativas o a través de propuestas de gobierno, también le merece una opinión. Zagrebelsky observa que ello, en efecto, puede suscitar una apariencia de conexión entre tales partidos y el Tribunal Constitucional. Ahora bien, si verdaderamente la hubiera, si fuera cierto que fuese una tercera cámara en la que se prolongara el enfrentamiento político, tal Tribunal merecería simple y sencillamente suprimirse. A cada uno de los jueces que lo integran le es oponible la máxima de «obligada ingratitud» frente a aquellos a quienes se debe su nombramiento (págs. 51 y 59). Por otro lado, defiende que la formación jurídico-cultural de cada magistrado sea digna de respeto mientras ejerce su cargo. Su formación se valora para acceder a él, no para pensar en la pertinencia de su recusación. Afirma Zagrebelsky: «No estamos interesados por el pasado de nuestros colegas. Esto importa a quien los elige y nombra» (pág. 60). No cabe justificar aquí por qué esta toma de posición del autor resulta de interés para España. Basta con recordar las prácticas que se han producido ante el Tribunal Constitucional como consecuencia del recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 6/2006, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (*vid.* AATC 443/2007 y 81/2008).

La tercera idea básica del libro es el concepto de Constitución desde la perspectiva de la institución del voto (*vid.* capítulos 3 y 4). La Constitución contiene todo aquello sobre lo que ni para los jueces constitucionales ni para nadie es susceptible de votación en la comunidad política. El contenido de la Constitución (por ejemplo, los derechos en ella consagrados como fundamentales) ha sido votado de una vez por todas en su origen. La función principal de la Constitución es «fijar los presupuestos de la convivencia [...], 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» (págs. 26-27, 29). En suma, la Constitución indica las materias sobre las que, en el Estado democrático, ya no se vota. Creo, sin embargo, que esta conclusión merece ser matizada. La Constitución contiene las materias que han sido votadas en el momento constituyente y que sólo pueden ser revisadas de acuerdo con los procedimientos por ella establecidos. Por consiguiente, el contenido de la Constitución puede votarse para ser modificado por quienes integran el poder de reforma siempre que sigan correctamente tales procedimientos y respecto de todo aquello que la propia Constitución no prohíbe. Desde este punto de vista, quienes no están llamados a participar en dichos procedimientos, ni integran el poder de reforma (por ejemplo, los jueces constitucionales), tienen vedado votar tal contenido. Ahora bien, como dice Zagrebelsky, el método que utiliza

el Tribunal Constitucional para defender la Constitución es precisamente un sistema de votación. Ante esta paradoja, él se pregunta: ¿se trata de una clara contradicción?

Al contestar esta pregunta, evoca la clásica disputa entre Kelsen y Schmitt de finales de la década de los veinte del siglo pasado. Termina por conceder importancia a la crítica de Schmitt por reveladora de un peligro que, no obstante la notable expansión mundial de los tribunales constitucionales, continúa hoy latente en todos ellos: el peligro de la «politización» de su función (pág. 36). Con la intención de terciar en esa polémica histórica, Zagrebelsky se inclina por dar una respuesta, y aquí se halla la cuarta tesis fundamental de su libro, a partir de dos concepciones distintas de «política» (*vid.* capítulo 5). Es posible hablar de dos concepciones de «política» porque el Tribunal puede entenderse relacionado con ella de dos distintas maneras. El Tribunal Constitucional está *dentro* de la política, y es incluso uno de sus factores decisivos, si por ella se entiende «la actividad dirigida a la convivencia». En cambio, el Tribunal Constitucional está *fuera* de la política si por ella se comprende «la competición entre las partes por la asunción y la gestión del poder» (págs. 40-41). Así, al hablar de la intervención «política» del Tribunal Constitucional, debe ponerse el suficiente cuidado en especificar con qué significado de esos dos se está tratando. En efecto, poner en relación al Tribunal con el segundo de los significados de política siempre será problemático por el sencillo motivo de que rivaliza frontalmente con su razón de ser en una democracia constitucional.

La quinta tesis principal del libro es la que trata la independencia de los jueces constitucionales en sus dos facetas: independencia de «sí mismos» (capítulo 11) e independencia «de otros» (capítulo 12). Deben ser independientes de sí mismos porque la máxima fidelidad que han de guardar, antes que a convicciones personales, es la que juran a la Constitución. Sostiene el autor: «Si no se puede asumir la Constitución como hábito mental y moral propio, es mejor no aceptar el cargo» (pág. 80). Las primeras «fidelidades impropias» que deben profesar los jueces constitucionales son las debidas a causas internas, que suelen tener gran fuerza de persuasión sobre las posiciones que asumen al resolver los problemas jurídicos que se les presentan. Tales causas internas serían, por ejemplo, alguna directriz moral que le indique su fe religiosa, o alguna influencia proveniente de la categoría profesional a la cual han pertenecido antes de acceder al cargo y a la que es altamente probable que vuelvan, llegada la conclusión del mismo. Finalmente, se encuentra lo que el autor califica como «pecado de orgullo» o «amor propio», que se manifiesta con el deseo de figurar a través de la plasmación en una sentencia de alguna posición asumida previamente, hecha pública en algún momento de su trayectoria profesional antes de ocupar el puesto (págs. 80-88). Los jueces que entienden la colegialidad no tienen opiniones preconstituidas, dice Zagrebelsky. Deben ser autónomos de sí mismos y asumir con cordialidad que están dispuestos a cambiar la opinión sostenida en el pasado, extramuros del Tribunal. El debate en el seno de la sala de deliberaciones es la única fuente legítima de la que cabe extraer conclusiones dignas de atención al resolver los problemas sometidos a su juicio.

La «independencia de otros» que deben tener los jueces constitucionales significa impenetrabilidad frente a interferencias externas. Los buenos jueces se convierten en impermeables. Cuando se delibera sobre un caso, nuevos hechos podrían alterar las convicciones personales del juez. Por ello, la deliberación debe ser protegida frente

a todo aquello que no estaba presente al momento de iniciar la discusión de un caso (págs. 21-20, 89-90). Desde el punto de vista de la independencia del exterior, sostiene Zagrebelsky en esta parte de su exposición, la negativa proyección individual de un magistrado, por sospecha de falta de independencia, cobra una negativa proyección para todo el Tribunal. En este sentido, mi impresión es que el individuo no es irrelevante, ni poco relevante para el conjunto, como en un principio se había sostenido (*vid.* la identificada aquí como primera tesis del autor). Desde la perspectiva de la debida independencia frente a factores externos, el juez individual es tan importante como el colegio en la medida en que su negativa actuación particular repercute a la negativa imagen de todos. Creo que esta observación es válida incluso para el caso italiano. Zagrebelsky no da debida cuenta de ello, pero me parece que dos de sus tesis principales están así nuevamente necesitadas de matización. A partir de esta óptica, ni el juez constitucional individual es irrelevante, ni la carencia de votos particulares ayuda a evitar, o siquiera a aminorar, una negativa sospecha hacia todos los miembros del Tribunal. No obstante, el diagnóstico que formula respecto al modo de disipar y reparar la falta de independencia es íntegramente compartible. Pese a que existe un marco normativo sancionador del que dispone el colegio de jueces para persuadir conductas incorrectas de sus miembros, tal marco es insuficiente para ponerles remedio: las «malas costumbres se corrigen con nuevas buenas costumbres, no con leyes autoimpuestas» (pág. 96).

Finalmente, ¿cómo concibe Zagrebelsky la relación entre el Tribunal Constitucional y la democracia? ¿Por qué debería admitirse que la votación de quince o doce jueces constitucionales prevalezca sobre la votación efectuada mediante centenares de votos de los legisladores que han aprobado una ley? Al enfrentarse a preguntas como éstas, el autor formula una respuesta que cabe identificar como su sexta tesis. Para él, no debe escandalizar a nadie que los tribunales (incluido el Tribunal Constitucional) no sean instituciones que formen parte de la democracia. En las repúblicas democráticas, las instituciones judiciales deben ponerse en conexión más bien con el concepto de república antes que con el concepto de democracia. «La justicia constitucional protege la república y por eso limita la democracia [...]; es una “función republicana”» (págs. 101-102). Pero esta afirmación no debe llevar a la conclusión de que los tribunales constitucionales, y más en general, las instituciones judiciales, sean antidemocráticos. Que los tribunales no respondan a la lógica democrática no los hace ir en su contra. Su función es sólo *contramayoritaria*: tienen a su cargo limitar la cantidad de democracia para preservar su calidad. En esta tesitura, «la justicia constitucional no forma parte de la democracia pero sirve a la democracia» (pág. 102). Que el Tribunal Constitucional esté llamado a defender la democracia desde fuera de su radio de comprensión, para insistir en esta idea del autor, no tiene por qué dramatizarse. Este argumento final del libro genera una conclusión con efectos disímbolos. Produce un efecto conciliador si uno se convence por la idea de que el Tribunal Constitucional es un elemento construido desde la idea republicana, diseñado para custodiar la democracia. Por otro lado, puede no satisfacer enteramente a quien insista en partir de un presupuesto diferente: el que postula que la existencia del Tribunal deba explicarse en contraposición a la esencia del gobierno democrático, esto es, frente a la legitimidad que otorga el voto de la mayoría popular. Así, la tesis conclusiva del libro consigue abrir un panorama muy propicio para

la prolongación de este debate, que dista de estar agotado en cualquier democracia que ha confiado su estabilidad y defensa a una jurisdicción constitucional.

\* \* \*

No cabe menos que concluir que este libro está decididamente puesto al servicio de una discusión que, además, se afronta desde una posición privilegiada: aquella que es capaz de tener un acreditado jurista teórico que al mismo tiempo ostenta la experiencia de un diestro jurista práctico. El resultado es una contribución importante a una problemática que no deja de mantenerse viva en el constitucionalismo moderno. Por todo ello, la lectura de este libro debe considerarse obligada para los estudiosos de la jurisdicción constitucional. Pero, aún más, su análisis debe calificarse de imprescindible para todos aquellos que de alguna u otra manera están involucrados con la nunca apacible operatividad cotidiana de un Tribunal Constitucional.—*Alfonso Herrera García.*