EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
(Derecho y política)

ANGEL LATORRE.
Catedrático de Derecho Romano,
Universidad de Alcalá.

La existencia y la actuación del Tribunal Constitucional ha promovido, unas veces con carácter general y otras con ocasión de actuaciones concretas, sospechas y reproches de ser un órgano que, aunque revestido de forma judicial, está fuertemente influido por motivaciones políticas. No sólo nuestro Tribunal Constitucional sino también sus homólogos extranjeros han sido y son objeto de parecidas suspicacias, pero este mal de otros no nos libera de examinar en qué fundamentos o en qué razones se basan tales recelos. El problema es uno de los más graves que afectan al Tribunal Constitucional, pues la verdadera fuerza de esta Institución reside en la "auctoritas" que adquieran sus decisiones, más allá de sus efectos legales, y esa "auctoritas" se consigue no sólo por la calidad técnica de sus sentencias, siendo ésta importante, sino tanto o más por la independencia que se le reconozca en el ejercicio de sus funciones. Ello no supone que sus decisiones no puedan y deban ser discutidas, ya que en una democracia son discutibles todos los actos de poderes públicos, pero sí debe aspirar el Tribunal Constitucional a que la opinión pública no lo contemple como una institución sometida al juego de los vaivenes políticos.

Las consideraciones que siguen se refieren a algunas dudas que, con carácter general, despiertan la composición y funciones del Tribunal. Prescindo de discutir casos concretos, pues no se trata, como se ha dicho, de poner en tela de juicio el derecho a la libre crítica de las decisiones del

Tribunal, sino de aclarar algunos puntos sobre la siempre delicada relación entre jurisdicción constitucional y política.

El Tribunal Constitucional tiene entre nosotros una amplia gama de competencias que se justifican por su función de "intérprete supremo de la Constitución" (art. 1 de la L.O.T.C.). Como ha señalado García Pelayo, todas esas competencias "hacen referencia siempre, de una manera u otra, a las *limitaciones constitucionalmente establecidas al poder*, al *ámbito de* acción libre de los distintos órganos que integran el Estado y que son, en consecuencia, controversias políticas en cuanto que la disputa sobre el ejercicio, la distribución y el uso del poder constituyen el núcleo de la política" (1). De esas competencias la más característica, la que confiere al Tribunal Constitucional una posición única entre los demás Tribunales y en la ordenación política del Estado es la competencia para conocer de los recursos de inconstitucionalidad que le atribuye la potestad de declarar nulas las leyes, tanto las emanadas de las cortes Generales como las dictadas por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Esta potestad de anular una ley emanada de la voluntad popular sólo la ostenta el Tribunal Constitucional y es la que, en último término, plantea con más crudeza su relación con la política. A ella se refieren, principalmente, las observaciones que siguen.

No entraré a examinar la justificación teórica de la potestad de anulación de las leyes. Se trata de un tema ajeno a mi propósito en la presente ponencia, cual sería la consideración de las críticas que a la misma existencia de una jurisdicción constitucional se han dirigido desde distintos puntos de vista (2). Nuestra Constitución ha establecido esa jurisdicción siguiendo la pauta de otras constituciones de la postguerra, especialmente de la alemana y la italiana; y a este dato fundamental me atengo, prescindiendo de debatir cuestiones doctrinales de gran interés sin duda, pero que no son en este momento de directa actualidad.

Que la potestad de anular las leyes incide de forma directa sobre la actividad política es evidente. En una democracia parlamentaria, como la nuestra, la ley es el principal instrumento de las fuerzas políticas representadas en las Cortes Generales o en las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas para configurar la sociedad y el Estado con arreglo a sus idearios. En la realidad, la ley, aunque sea "la expresión de la voluntad general", es el resultado de las relaciones de fuerza entre los

partidos que integran el arco parlamentario. La tentación de llevar la lucha partidista del Parlamento al Tribunal Constitucional, convirtiendo a éste en una tercera cámara, es muy fuerte. Incluso al margen de esa posibilidad, el contenido de la ley sometida al Tribunal incide con cierta frecuencia en cuestiones ásperamente debatidas en la sociedad. Así, aun en los casos en que la ley impugnada no es sometida al Tribunal por las fuerzas políticas sino por otros cauces, como ocurre en los recursos planteados por el Defensor del Pueblo o en las cuestiones de inconstitucionalidad promovidas por jueces o tribunales o por el mismo Tribunal Constitucional a consecuencia de un recurso de amparo (art. 55-2 de la L.O.T.C.), las decisiones correspondientes corren el riesgo de verse envueltas en el fragor de las luchas políticas e ideológicas.

El punto de partida de la reflexión sobre el tema parece simple: la jurisdicción constitucional supone un intento de someter a enjuiciamiento jurídico unas materias que, como se ha dicho, son por su naturaleza políticas, lo que hace surgir la cuestión fundamental: ¿es ese sometimiento posible?. Y en caso afirmativo: ¿en qué límites?. Tales preguntas nos retrotraen a una vieja polémica que, si bien en algunos aspectos puede considerarse superada, no lo está, a mi entender, en sus puntos básicos. Me refiero a la polémica que se produce al filo de los años treinta de este siglo entre Kelsen y C. Schmitt, sobre quién debe ser el "guardián de la constitución" en una democracia moderna (3).

En lo que aquí interesa, la polémica puede resumirse así. Para Kelsen, el papel de guardián de la Constitución puede y debe ser asumido por un tribunal específico, dado que, en su opinión, es no sólo posible, sino deseable dar un tratamiento rigurosamente jurídico a las cuestiones sometidas a la jurisdicción de dicho tribunal, aunque sean de índole política. Y la razón es que hay una diferencia substancial entre la actividad política y la función judicial, pues mientras aquélla consiste en la elección de objetivos que se estiman de interés general y en la elección de los medios necesarios para alcanzarlos, la función de la jurisdicción constitucional es verificar si la norma legal que resulta de esa actividad política es o no conforme a las normas constitucionales. Así, la actividad del legislador no está limitada más que por el procedimiento que para elaborar las leyes establece la Constitución y por el marco que ésta fija para su contenido, marco que generalmente deja al legislador un amplio margen de decisión. En cambio,

la función de la jurisdicción constitucional está absolutamente determinada por la Constitución: le corresponde únicamente comprobar si la norma legal es o no compatible con la norma constitucional y anularla si es incompatible. Actúa así, según la célebre y repetida expresión de Kelsen, como un "legislador negativo". Pero esta actividad que consiste en confrontar un acto o una norma con otra norma es una típica función judicial. De aquí que, siempre según Kelsen, el Tribunal Constitucional, aunque conozca de cuestiones de indudable alcance político, las trata y las resuelve con criterios y métodos jurídicos. Es evidente que esta concepción de la justicia constitucional, que no es por otra parte más que una aplicación de toda la doctrina kelseniana y que sólo en forma muy esquemática y simplificada se ha podido exponer aquí, representa la culminación del Estado de Derecho. Toda la actividad de los poderes públicos, no sólo la administrativa, sino también la política debe estar sometida al Derecho y al control jurisdiccional, cuya finalidad es precisamente imponer la supremacía del Derecho cuando éste resulta vulnerado. En el caso de la actividad política, incluso en su más elevada manifestación que es la legislativa, la norma a que ha de someterse es la Constitución, cuyo guardián es, precisamente, en el sistema de Kelsen, el Tribunal Constitucional.

La crítica a las ideas de Kelsen que lleva a cabo C. Schmitt toca, con la habitual agudeza de este gran jurista, el punto débil de toda la construcción, es decir, la posibilidad de contrastar con un método puramente jurídico la norma legal con la norma constitucional. También muy esquemáticamente expuesta, la crítica fundamental de C. Schmitt es la siguiente: el juez, no sólo el juez constitucional sino todo juez, no resuelve los casos que se plantean realizando un puro y aséptico razonamiento lógico (el famoso silogismo judicial) sino que en mayor o menor medida existe siempre en su decisión un elemento subjetivo (el elemento decisionista). Y si esto ocurre en la aplicación de la legislación ordinaria, ese elemento decisionista es mucho más importante en la jurisdicción constitucional, pues la norma aplicable en ésta se compone en gran parte de conceptos equívocos, de "compromisos dilatorios", de expresiones abiertas. En estas circunstancias, un Tribunal Constitucional resuelve, en último término, fuertemente influido por las preferencias ideológicas y las orientaciones valorativas de sus miembros. Expuesto con más crudeza, la justicia constitucional es una

justicia política, y en la justicia política "la política no tiene nada que ganar y la justicia puede perderlo todo" (4).

Las opiniones de C. Schmitt, aun reconociendo sus elementos coyunturales al haberse expresado en el ambiente de desintegración y crisis de la República de Weimar, no pueden desecharse simplemente invocando esas circunstancias hoy totalmente superadas, porque contienen, a mi juicio, una cierta dosis de verdad y apuntan al riesgo mayor que corre la jurisdicción constitucional. Puesto que ya no es posible sostener que el juez sólo sea "la boca que pronuncia las palabras de la ley", según la clásica expresión de Montesquieu, resulta que la decisión judicial comporta en mayor o menor medida, de forma más o menos consciente, un margen de decisión en el que el juez se mueve condicionado por sus actitudes mentales ante las diversas corrientes de opinión y concepciones del mundo que dividen la sociedad pluralista de nuestros días. El juez está y debe estar vinculado a la ley y esa vinculación no es una "pueril ficción", como lo calificó el mismo Schmitt (5) sino un medio efectivo de control judicial, pero no puede impedir que los jueces tengan un margen de libertad en sus decisiones. Y respecto a los tribunales constitucionales en que ese margen se amplía por las razones ya dichas, me parece difícil no compartir la opinión de D. Simon para quien es "irrefutable que, pese a la lisonja tranquilizante de la verificación constitucional, este tribunal (se refiere al Tribunal Constitucional Federal Alemán) no sólo "reconoce", a través de su interpretación de las leyes constitucionales, el orden democrático, sino que lo "forma", lo cual significa, dicho de un modo banal, que hace "la realidad constitucional" en lugar de limitarse a describirla" (6). Para comprobar que esto es así basta repasar la jurisprudencia constitucional o recordar la división de opiniones que los tribunales de diversos países han padecido al enjuiciar temas como el aborto. En los EEUU, en donde las simpatías ideológicas de los jueces y sus consecuencias se estudian y discuten abiertamente, son notorias las batallas políticas a que da lugar el nombramiento de los jueces de la Corte Suprema. Que el sistema jurídico anglosajón dé mayor peso a las decisiones de los jueces que los sistemas de tradición romanística no quiere decir que también en los países en los que dominan éstos no se produzcan problemas parecidos. A mi entender, es mejor reconocerlo abiertamente y no intentar encubrirlos por un mal entendido pudor o un residuo histórico de la sacralización de la justicia.

La necesidad de tener en cuenta esa diversidad de mentalidades y la naturaleza política de las cuestiones de que conoce el Tribunal Constitucional, justifica un rasgo común de los tribunales constitucionales europeos, cual es que sus componentes sean elegidos, por lo menos en parte, por órganos políticos. Incluso no está de más señalar que en algunos tribunales extranjeros han figurado o figuran jueces que han tenido una importante actividad política. Que la renovación de los jueces constitucionales se haga de forma parcial obedece abiertamente a la misma finalidad de evitar los cambios bruscos de composición, al mismo tiempo que aseguran un cierto ajuste a los cambios políticos, que no debe faltar en una democracia. También la exigencia de una mayoría cualificada para la elección (tres quintos de los senadores y de los diputados) tiende a evitar nombramientos rígidamente partidistas al requerir normalmente un consenso entre diversos grupos parlamentarios. Es justo señalar que esta resolución al problema de conciliar las diversas ideologías dominantes en las sociedades pluralistas fue ya señalada por Kelsen: "Es tan difícil como deseable -advierte el "padre" de los Tribunales Constitucionales Europeos- apartar toda influencia política de la jurisprudencia de la jurisdicción constitucional. No se puede negar que los especialistas pueden también -consciente o inconscientemente- dejarse determinar por consideraciones políticas. Si este peligro es particularmente grande, es casi preferible aceptar, más que una influencia oculta y, en consecuencia, incontrolable de los partidos políticos, su participación legítima en la formación del Tribunal, por ejemplo, haciendo proveer una parte de los puestos por medio de elecciones por el Parlamento, teniendo en cuenta la fuerza relativa de los partidos. Si los otros puestos se atribuyen a especialistas, éstos pueden tener mucho más en cuenta consideraciones puramente técnicas, porque entonces su conciencia política queda descargada por la colaboración de los miembros llamados a la defensa de los intereses propiamente políticos" (7). Me parece peligrosa, en la práctica, la distinción apuntada por Kelsen entre jueces "políticos" y jueces "técnicos" (8). Ciertamente, como se ha dicho, en algunos sistemas, como el nuestro, unos jueces son nombrados por órganos "políticos" (el Gobierno, el Congreso de los Diputados y el Senado) y otros por el Consejo General del Poder Judicial, órgano de mayor significación técnica, aunque no exento de rasgos políticos. Pero todos ellos han de ser juristas "de reconocida competencia" (art. 159.2 de la Constitución), y, no obstante la difícil verificación de esta calidad, la exigencia supone que todos

los Magistrados del Tribunal, sea cual sea su origen, deben ser ante todo juristas y deben actuar como tales, sin que quepa distinguir entre jueces "políticos" y jueces "técnicos".

Este requisito de que sean juristas "de reconocida competencia" los miembros del Tribunal Constitucional nos introduce en otro tema importante. Y es que aun resultando cierto lo que se ha dicho de la presencia de un "elemento decisionista" en las sentencias del Tribunal y debiéndose reconocer su importancia y la necesidad de compensarlo con un equilibrio ideológico en su composición, tampoco conviene desorbitar su trascendencia. En efecto, el ámbito de libertad de los jueces tiene sus correctivos, y entre ellos, el que se acaba de enunciar, es decir, el que sean juristas profesionales. Ahora bien, la mentalidad jurídica supone no sólo el hábito de razonar con arreglo a métodos consolidados por siglos de tradición y que permiten el diálogo y la posibilidad de llegar a acuerdos entre posiciones contrapuestas, sino también entraña una actitud de distanciamiento y objetividad frente a los temas sometidos a debate y hasta, si se quiere, un cierto escepticismo ante las pasiones políticas y las luchas ideológicas. Junto a ello hay que exigir, naturalmente, una desvinculación de toda disciplina de partido o de organizaciones capaces de influir en su decisión con sus órdenes o sus indicaciones, pues una cosa es que la conciencia del juez no pueda ser inmune a su actitud ante las grandes cuestiones que dividen el mundo en que vivimos, lo que es inevitable, y otra bien distinta, que esté dispuesto a recibir instrucciones de una organización.

Si en último término son su formación y su conciencia lo que asegura la independencia, con los matices señalados, del juez, no hay que olvidar también que existen mecanismos legales para evitar un poder excesivo del Tribunal Constitucional, que sin esos mecanismos podría desequilibrar la relación entre los diversos poderes del Estado. Creo importante destacar entre ellos la ausencia de iniciativa, así como la no admisión de la acción popular para interponer recursos. Más aún, en el recurso directo de inconstitucionalidad el círculo de legitimados para ejercitarlo no es sólo restringido sino que se limita a órganos o parte de órganos eminentemente políticos: el Presidente del Gobierno, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y las Asambleas legislativas de las mismas, con excepción del Defensor del Pueblo, que tiene una posición peculiar no partidista, pero cuya

legitimación hay que entenderla, referida sólo a la defensa de los derechos fundamentales (art. 54 de la Constitución y 1º de la L.O. 3/81, de 6 de abril). Ese carácter político de la mayor parte de los legitimados para interponer el recurso de Constitucionalidad hace que la realidad y respecto a muchos de los temas de gran trascendencia política, el Tribunal Constitucional se encuentre en una situación en cierto modo subsidiario; quiero decir que su intervención depende en gran medida de la voluntad de las fuerzas políticas, y es de esperar que esa intervención no se produzca salvo en casos extremos, cuando hayan fracasado los intentos de transacción y arreglo entre dichas fuerzas. De aquí que el hecho de recurrir de manera habitual al Tribunal para decidir cuestiones que puedan y deban solucionarse por medio de la negociación sea un síntoma de mala salud política, porque supone que no existe entre las fuerzas políticas la voluntad o la posibilidad de llegar a acuerdo por medio del diálogo, cuando es precisamente esa voluntad y esa posibilidad lo que sirve de base a la democracia. Este punto de vista respecto al Tribunal Constitucional podría parecer contrario a la idea misma del Estado de Derecho, pues acarrea no sólo la posibilidad de que estén en vigor leyes inconstitucionales, sino que esa situación no se considere un defecto nacido de motivos prácticos, cual serían las dificultades que crearían en el buen funcionamiento del Tribunal el reconocimiento de su iniciativa o del ejercicio de la acción popular, sino que es una consecuencia necesaria y conveniente de la relación entre la acción política y la jurisdicción constitucional. Creo, sin embargo, que así debe ser (9). Lo contrario coloca al Tribunal en una situación excesiva de poder, al convertirlo poco menos que en el árbitro supremo de la contienda política. Este riesgo es tanto mayor cuando en nuestra jurisdicción constitucional, como en general en las europeas, el Tribunal no puede negarse a resolver los recursos que se le plantean, recurriendo, como hace la Corte Suprema de los EEUU, a la doctrina de la "political question", expresión un tanto vaga, que se aplica cuando la Corte rehusa decidir un caso sobre la base de que la potestad para tomar el tipo de decisión implicada está delegada por la Constitución a una de las ramas del Gobierno Federal, el legislativo o el ejecutivo. La posibilidad de no resolver un caso por tratarse de un "political question" permite a la Corte Suprema inhibirse en cuestiones en que no existe y no puede preverse un consenso social y en que una decisión judicial prematura perturbaría la acción natural de las fuerzas sociales para llegar a ese consenso. Esta doctrina -se ha dicho- "es

también la afirmación de un gobierno que encuentra la fuente de sus actos en los deseos populares" e "impide a la judicatura usurpar los cometidos de la urna electoral" (10).

En la misma línea de pensamiento debe señalarse la conveniencia de que el Tribunal se muestre cauteloso ante la tentación de no limitar su función a decidir sobre la conformidad de la norma impugnada con la Constitución sino que, asumiendo la función del legislador, establezca por sí las normas que crea más oportunas o por lo menos, le indique cuáles deban ser esas normas. Se excedería así el Tribunal de su papel como "legislador negativo" para actuar como "legislador positivo". Sin embargo, también en esto hay que ser realista. Es muy difícil que un Tribunal Constitucional se mantenga siempre en lo que en teoría es su estricto campo de acción. Incluso al mismo legislador se le colocaría a veces en situación incómoda si el Tribunal se limitase a anular la norma producida por aquél, sin darle pistas de cómo debe modificarla para ajustarla a la Constitución. De aquí que, si bien en principio y como criterio general, sea sumamente recomendable que los tribunales constitucionales ejerzan el "self restraint", no siempre se podrá evitar un cierto grado de activismo judicial, como demuestra la experiencia, y, siempre que se mantenga en límites prudentes, creo que esa actividad del Tribunal puede contribuir a configurar la sociedad y el estado democráticos.

Otros problemas plantea la relación entre Tribunal Constitucional y Política, pero los límites de tiempo en que ha de moverse esta ponencia impiden examinarlos. Lo que aquí he querido exponer es una reflexión sobre uno de los aspectos básicos de la jurisdicción constitucional, reflexión que no pretende más que aportar algunos puntos de vista a cuestiones que, como se ha dicho, han sido, son y probablemente serán objeto de discusión no sólo entre los juristas, sino entre todos los interesados en la ordenación y el progreso de la democracia de nuestros días. "

NOTAS

(1) M. GARCIA PELAYO. Discurso en el acto de constitución del Tribunal Constitucional. "Justicia Constitucional", Madrid, 1988, pág. 115 y ss.

(2) Sobre esas críticas: E. GARCIA DE ENTERRIA. "La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional", Madrid, Civitas, 1981, pág. 157 y ss.

(3) Los datos fundamentales de la polémica en el prólogo de P. DE VEGA a C. SCHMITT. La defensa de la Constitución, Madrid, Tecnos, 1983, pág. 11 y ss. Los muy abundantes estudios posteriores sobre el tema y, en general, sobre la jurisdicción constitucional, siguen girando sobre los temas que se plantearon en la República de Weimar, como observa P. HÄBERLE. Verfassungsgerichtsbarkeit, Darmstadt, Wissenschafltliche Buchgesellschaft. 1976, (interesante selección de textos preparada por el mismo P. Häberle). La misma opinión en D. SIMON. La independencia del Juez, trad. C. Ximenez-Carrillo, Barcelona, Ariel, 1985, pág. 187.

(4) La frase es del político e historiado francés GUIZOT, citado por C. SCHMITT obra citada, pág. 172.

(5) Citado por D. SIMON obra citada, pág. 95.

(6) D. SIMON obra citada, pág. 172.

(7) H. KELSEN. La garantie jurisdictionnelle de la Constitution. "Revue du Droit Public et de la Science Politique" XLV (1928) pág. 197-198.

(8) El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República no exigía, con carácter general, la condición de juristas para sus vocales (Art. 121 de la Constitución de 1931); pero no parece que esta experiencia haya sido favorable a esta fórmula. Tampoco el Consejo constitucional francés se compone de miembros necesariamente juristas. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el Consejo no es exactamente equivalente a un Tribunal Constitucional.

(9) Salvo el caso de que la ley sea inconstitucional por vulnerar los derechos fundamentales. Téngase en cuenta, sin embargo, que en este caso

no sólo puede intervenir el Defensor de Pueblo, como se ha dicho, sino que el particular afectado en sus derechos por un acto de aplicación de la ley puede recurrir en amparo, lo que caso de estimarse, obliga al Tribunal Constitucional a plantearse a sí mismo la cuestión de inconstitucionalidad (art. 55-2 de la L.O.T.C.). Obsérvese que por este procedimiento el particular puede, aunque sea de manera indirecta, provocar la declaración de inconstitucionalidad de una norma con valor de ley.

(10) PH. STRUM. The Supreme Court and "political questions". The University of Alabama Press. 1974, pág. 142-143.