

LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL (LA CONSOLIDACIÓN DE LA DEMOCRACIA Y JUSTICIA CONSTITUCIONALES)*

CONSTITUTIONAL DEMOCRACY (THE CONSOLIDATION
OF CONSTITUTIONAL AND LEGAL DEMOCRACY).

JAVIER GARCÍA ROCA

Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Valladolid. Letrado
excedente del Tribunal Constitucional.

Recebido para publicação em janeiro de 2004.

1. El vigésimo quinto aniversario de la Constitución

Celebrar el vigésimo quinto aniversario de nuestra aún joven Constitución democrática es ciertamente una ocasión para bailar en las calles, remedando la célebre frase de la Corte Suprema estadounidense. Difícilmente hubiéramos podido imaginar a mediados de los años setenta que nuestra Nación de nacionalidades y regiones, como bienintencionadamente reza el art. 2 de la Constitución española (desde ahora CE), se iba a encontrar en la situación presente de desarrollo económico, integración europea y estabilidad democrática. Y, pese a todos los problemas que día a día conllevamos, la

Constitución española y nuestras instituciones y desarrollo constitucional gozan de un sólido prestigio desde Iberoamérica hasta los países de Asia central que pertenecen al Consejo de Europa pasando por la Unión Europea. A veces las cosas se observan mejor desde fuera.

Me parece que, sin embargo, debe reconocerse que España apenas había tenido experiencias democráticas previas. Dejemos al margen el viejo Estado liberal, fundado en el sufragio censitario, salvo los escuetos paréntesis de 1869 y 1873, porque si bien es cierto que la ley electoral de 1890 introdujo un sufragio universal, disfrazado y masculino, deben tenerse en cuenta las restricciones que se le impusieron, derivadas de

* El texto escrito arranca de la conferencia que pronuncié el 08.10.2003 en el Parlamento de la Rioja con motivo del XXV Aniversario de la Constitución española.

una elevada mayoría de edad y la forma de determinación de la residencia y vecindad, así como la reiterada manipulación electoral y la mera apariencia parlamentaria de las instituciones. Manifiestamente fuera del Estado constitucional –claro está– estuvieron las dos dictaduras.

Menos aún albergábamos experiencia en el desarrollo de la justicia constitucional, pues el Tribunal de Garantías Constitucionales, que diseñaron la Constitución de 1931 y la ley orgánica de 1933, tuvo sucesivos problemas en su funcionamiento y sólo dictó decisiones de 1934 a 1937, y, en dos de esos años durante la guerra civil, anduvo tristemente itinerante por diversas ciudades.

En suma, nuestra Nación de nacionalidades y regiones no podía presumir de haber consolidado una democracia y una justicia constitucionales. La fecunda interrelación entre ambas ideas es una de las mejores aportaciones que la Norma Fundamental de 1978 nos ha traído. Pese a que rara vez ha sido subrayada. Sin embargo, el afianzamiento de ambos paradigmas en sólo cinco lustros debería percibirse como un motivo de orgullo para la ciudadanía y no sólo para los especialistas. Esta interrelación probablemente surge en mí de forma hartamente natural. De un lado, dada mi condición de Letrado excedente del Tribunal Constitucional, donde trabajé siete años, y mi posterior continuada atención a su voluminosa jurisprudencia desde el exterior durante otros nueve, cinco de ellos como cronista de la misma en la revista *Justicia Administrativa*. Y, de otro, dada la curiosidad que he mostrado en mis investigaciones y publicaciones sobre los derechos democráticos o de participación política.

Analizaré ambas ideas por separado por conocidas que, en apariencia, resulten.

2. La experiencia de la democracia constitucional

La democracia es sobre todo un procedimiento para la toma de decisiones y la formación de la voluntad estatal conforme a la regla de la mayoría. Pero no sólo, supone una forma de Estado basada en el ejercicio de la soberanía popular (art. 1.2 CE) y el principio representativo (véanse entre otros los arts. 6, 66.1 y 140.1 CE). Se sustancia en un método de selección de los cargos públicos mediante elección en el que, con la mediación de los partidos políticos, se les da a sus titulares un mandato para erigir la voluntad popular mediante la representación.

Es evidente que la voluntad popular no siempre existe de forma expresa: ¿qué piensa la opinión pública española sobre el sistema de votación en el Consejo en el proyecto de Tratado por el que se aprueba una Constitución para Europa? Hanna Fenichel Pitkin diría que muy probablemente el ciudadano ordinario así interrogado se echaría las manos a la cabeza abrumado sin barruntar qué responder. Son, pues, muy a menudo los representantes los que construyen la voluntad popular a través de la relación de representación conciliando los intereses de los representados con sus deseos, una síntesis nada lineal, puesto que unos y otros no siempre coinciden. Este es el sentido del mandato libre y no vinculado que el art. 67.2 CE diseña.

Debe haber sin duda un complemento democrático fundado en el principio participativo. Instituciones de democracia directa como son la iniciativa legislativa popular, las modalidades de referéndum, las agrupaciones de electores –activas especialmente a nivel local–, la participación de las asociaciones en la gestión municipal o en la elaboración de los reglamentos o

en la defensa de intereses difusos cuales son los culturales o los medioambientales, y un largo etcétera. Pero la nuestra es una Constitución y una democracia férreamente representativa –una de las más que conozco– a causa de las concretas circunstancias históricas en las que fue elaborada; latía en la asamblea constituyente un profundo recelo frente a esas técnicas al temer que se pudieran instrumentalizar por minorías radicales de extrema derecha o izquierda manipulando a los ciudadanos. Además, es menester reconocer que pocas de esas instituciones han dado realmente un gran juego durante estos años. Adoptan una dimensión importante, pero complementaria o accesoria de la principal. Profundizar en la democracia y perfeccionarla estimo que sigue siendo, sobre todo, fortalecer la representación. Transcurridos veinticinco años, yo no haría serias reformas en este ámbito. Albergo bastante escepticismo sobre la mayoría de las técnicas de democracia participativa, quizá aprendiendo de las experiencias frustradas en este terreno, entre otras, tanto de las Constituciones centroeuropeas del período de entreguerras como del debate italiano en los setenta típico del pensamiento de izquierda. Mas es un terreno que no debe abandonarse.

¿Y la opinión pública? La crítica de Habermas a esta institución se revela bastante cierta. Hoy en día no existe una verdadera opinión pública como en las idealizadas sociedades liberales burguesas: una alimentación recíproca de flujos entre los ciudadanos y los gobernantes. Tenemos una opinión publicada en medios de comunicación social; me temo que desdichadamente cada vez menos plurales. En efecto, los medios tienden a concentrarse en pocas manos por la lógica monopolística del mercado y la economía de las empresas,

que intentan optimizar sus costes creciendo en tamaño, o por la influencia de la mayoría de los gobiernos –estatales, autonómicos o locales– naturalmente proclives a la propaganda y a controlar la disidencia. E igualmente poseemos una demoscopia que nos provee una diversidad de estadísticas tras sucesivas encuestas. No sé si ambos apuntes son bastantes. Aquí sí –estimo– serían convenientes distintas reformas legales que nos asegurasen una verdadera división de poderes informativa, que es esencial en democracia, un pluralismo externo derivado de una verdadera concurrencia de informaciones, potencialmente contrapuestas, que lleguen hasta los ciudadanos. Los autores que se han ocupado de estos temas entre nosotros han hecho numerosas propuestas que deberían ser analizadas con calma: consejos audiovisuales o autoridades independientes para los medios de radiodifusión de titularidad pública, reformas del vetusto estatuto de la radio y la televisión, un control y medición del tiempo dedicado al Gobierno en los informativos, etc. La situación es manifiestamente mejorable.

En consecuencia, casi circunscrito el principio democrático a la regla de la mayoría y al principio representativo, el riesgo que advierto es que se concluya con lo que llamaría un “entendimiento estadístico de la democracia”, en pocas palabras, creer que la mayoría, puesto que tiene más votos a favor que en contra, puede gobernar sin más ataduras. Pero, en palabras de Dworkin, la nave de la mayoría no puede navegar a toda vela y sin ancla, entre otras razones, si nos tomamos los derechos fundamentales en serio. No es ésta la idea de democracia que se deriva de una Constitución ubicada en la lógica de un Estado constitucional. Razonando por reducción al absurdo y maximizando la tendencia hasta

ridiculizarla, una democracia basada en la sola regla de la mayoría sería uno de los regímenes más peligrosos para la ciudadanía que uno puede imaginarse: no cabría el federalismo ni la descentralización territorial del poder en Comunidades Autónomas ni incluso los gobiernos locales, ni los derechos fundamentales de las minorías, ni el Estado de Derecho, ni cualquier otra forma de oposición a la decisión mayoritaria. Una tiranía de la mayoría: la demagogia como deformación de la forma política democrática. Desde luego, no ese Estado moderado y representativo, basado en la confianza de los ciudadanos en sus instituciones en el que el poder controla al poder y al que desde la Ilustración y el liberalismo aspira la cultura del constitucionalismo.

Hay, pues, que ubicar la democracia en el seno del Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE) que la Constitución manda a los cargos públicos representativos erigir. Creo que el Estado social y democrático de Derecho, como forma actual del Estado constitucional en su evolución secular, supone, sin duda, la democracia mayoritaria, pero entraña un conjunto de serias limitaciones a la misma desde la Constitución.

La democracia constitucional es un conjunto de reglas y principios que se limitan recíprocamente entre sí y que, en apretada síntesis, me atrevería a definir como la decisión de la mayoría, tras la discusión con las minorías, limitada por la Constitución.

Claro está, si nos contentamos —o cuando menos comenzamos— por identificar un mínimo denominador común democrático y no nos adentramos todavía en el debate sobre la elección de los valores democráticos que nuestra Constitución identifica cuando menos en los artículos 1.1, 2 y 10.

El reciente Premio Príncipe de Asturias de Ciencias Sociales, Jürgen Habermas ha argumentado bien que la política deliberativa es esencial en un concepto procedimental de la democracia (que tiene en Kelsen su génesis y principal valedor). La dominación de la mayoría arranca de la premisa de que cualesquiera asuntos en litigio se han discutido de forma cualificada, de que existe una comunicación y discurso permanentes entre mayoría y minorías, que se interrumpe sólo esporádicamente por la votación. Y no justamente a la inversa como es fácil observar acontece con frecuencia en las distintas legislaturas. Ciertos usos y convenciones democráticas que regulen la dialéctica entre mayoría y minorías se hacen precisos. La idea de mayoría lleva insita en sí mismo la de minoría, precisamente, porque no es la totalidad o la unanimidad ni una imposible identidad entre gobernantes y gobernados. La validez del propio sistema democrático depende de que nos tomemos en serio este aserto, especialmente, en extremos como son los aspectos centrales de la política exterior y de la integración europea, la regulación de los derechos fundamentales, y la organización territorial del Estado, cuestiones que no deberían estar abiertas a la simple democracia por alternancia y sí a unas direcciones políticas de Estado ampliamente compartidas.

Veamos algunas de estas limitaciones a la regla de la mayoría por evidentes que parezcan.

Existen una pluralidad de normas que articulan la división de poderes contemporánea y de las que ya he tenido ocasión de ocuparme en otro estudio. El poder debe limitar al poder —según aprendimos de los clásicos— para preservar la libertad política e impedir la tiranía del Príncipe, que no es otro hoy que el sistema de partidos y, en

particular, aquél o aquellos que por alterancia integran la mayoría. Mas la vieja explicación tripartita de funciones y órganos, ya no es válida dada la complejidad de la actual organización constitucional. Tenemos numerosos órganos nuevos, particularmente, una pléyade de órganos auxiliares que ejercen con problemas funciones de control de la mayoría: defensores del pueblo, tribunales de cuentas, consejos consultivos, etc. Una distinta organización de los poderes tradicionales, singularmente, un Parlamento concebido en teoría como sede natural de las minorías y un Poder Judicial independiente que asume progresivamente mayores funciones de control del Gobierno. Un Estado compuesto de tres términos que es prácticamente federal o de federalismo atenuado y que acoge entes territoriales con direcciones políticas contrapuestas. Un proceso de integración de los Estados en Europa que es un nuevo y creciente factor de limitación constitucional. Una difícil articulación de las relaciones entre partidos y Estado en lo que suele llamarse ambiguamente “Estado de partidos”, etc.

Un escenario muy complicado que no se explica sólo en clave de mayoría gubernamental. Quizá puede visualizarse mejor desde la imagen de un circuito democrático representativo, liderado por la mayoría, y otro garantista, donde la incidencia de la mayoría, si bien no es inexistente, es menor y normalmente no automática o directa. El segundo completa y limita al primero.

Pero nada de esto está exento de problemas cuando descendemos a la realidad constitucional de estos años. El control parlamentario de la acción de gobierno sirve en la práctica de poco. La responsabilidad política es más, entre nosotros, una ficción que un principio indefectible de nuestro sistema parlamentario, según ha

analizado bien Rafael Bustos, desde una adecuada perspectiva comparada, que ilustra que otra solución es perfectamente posible, ya que existe en el modelo anglosajón, si no ligamos responsabilidad a cese. Los Reglamentos parlamentarios –de las Cortes Generales y los de las Asambleas territoriales que con mimetismo siguen su pauta en exceso– necesitan una seria e inaplazable reforma, ajustada a otra filosofía distinta a la de la transición, obsesionada por la estabilidad gubernamental, y que permita ahora un adecuado control ordinario del Gobierno: la mayoría debe colocar a las minorías en una situación en la que puedan controlarla. Esta es una exigencia inaplazable de cualquier democracia constitucional.

La fragilidad de nuestros Ministros –y sobre todo de los propios departamentos ministeriales fungibles entre nosotros por la voluntad del Presidente a veces por razones meramente coyunturales– en el seno del Consejo y del Gobierno frente al liderazgo presidencial es excesiva y no existe justificación bastante para ello, según he argumentado en otro estudio. Y, de nuevo, la lógica dirección presidencial no posee los contrapesos que existen en el Reino Unido (una seria responsabilidad política) o en Alemania (Gobiernos y Ministros en virtud de acuerdos de coalición). No debería bastar con el principio de Presidente, si no existen dosis bastantes de colegialidad y autonomía ministeriales como teóricamente afirma la Ley del Gobierno.

Por último y por acabar este elenco de dificultades, la posición constitucional y legal del Ministerio Fiscal es tan imprecisa en España que yo diría que deviene impropia, haciéndose muy necesario abandonar el infértil híbrido que tenemos en provecho de uno de los dos modelos comparados en buena lógica posibles –judicial o guberna-

mental— entre los cuales la ley debería optar, definiendo el papel de la institución con mayor claridad.

En cambio, el control jurídico que lleva a cabo el Poder Judicial se ha convertido en uno de los contrapesos a la mayoría más importantes y eficaces. Los órganos jurisdiccionales se han ido habituado estos años a controlar —igualmente con problemas— el alcance de los secretos oficiales o de los fondos reservados, o la responsabilidad gubernamental en la lucha contra el terrorismo, o a anular leyes y reglamentos o nombramientos en actos políticos con elementos reglados, o a impedir excesos manifiestos en políticas como la extranjería muy sensibles a los derechos de las personas.

Bien es verdad que este incremento en las crecientes funciones que pedimos a Jueces y Tribunales que asuman —han pasado de aplicar la ley a controlar además al ejecutivo— no se ha visto acompañado de un incremento suficiente en medios, todavía muy precarios, ni en su formación de entrada en la carrera y sobre todo luego en la escuela —he sido profesor de Derecho Constitucional allí un par de años y he podido constatar este extremo—, ni en su necesaria especialización posterior por órdenes judiciales y en materias dentro de ellas. Bastante se ha hecho, pero no tanto como queda por hacer.

La descentralización territorial del poder, el Estado autonómico, ha generado una división de poderes vertical en tres términos o escalones de poder tal y como diseña el art. 137 CE. Aquellas Comunidades Autónomas que han tenido largos períodos de direcciones políticas nacionalistas sin alternancia no pueden prescindir de a menudo incómodos Gobiernos locales, municipales o provinciales, que contradicen y contrapesan desde la lógica del pluralismo territorial buena parte de sus

iniciativas “nacionalteocéntricas”. Y, por su parte, el Estado no puede seguir actuando, al igual que hizo durante siglos, como un ente de competencia universal que no necesita negociar el plan hidrológico nacional o la ley del suelo con los entes territoriales afectados. La posición asimétrica del País Vasco y Cataluña se ha erigido en un rasgo no homogéneo de nuestro modelo de intersección entre democracia y federalismo atenuado, ciertamente arriesgado, pero la realidad demuestra que inevitable y debemos aprender a convivir con ello en el futuro sin empeorar problemas que a menudo no tienen más solución que la paciencia.

En particular, los derechos fundamentales de los personas y de los ciudadanos y de los grupos o formaciones sociales en que se integran (art. 9.2 CE) se ha consolidado relativamente como un límite natural al ejercicio del poder. Los derechos diseñan unas normas de competencia que articulan una división de poderes entre la sociedad y el Estado. El banco de pruebas de la jurisprudencia constitucional ha mostrado que la mayoría no puede obligar a tributar conjuntamente en su declaración de la renta a los esposos discriminándoles respecto de las uniones de hecho, o excluir en manifiesto abuso las nuevas modalidades de radiodifusión y telecomunicaciones sin justificación alguna pretiriendo las libertades de empresa e información.

También el Estado de Derecho, la comprensión del principio de legalidad y de la reserva de ley que es propia del Imperio de la Ley, así como de otros principios constitucionales —seguridad jurídica, irretroactividad, interdicción de arbitrariedad, responsabilidad de los poderes públicos, proporcionalidad— hacen que no sea constitucionalmente indiferente la fuente del Derecho que la mayoría seleccione para

adoptar sus decisiones. No pueden convertirse primero la ley de presupuestos y después la denominada ley de acompañamiento en un nuevo edicto del pretor desprovisto de límites materiales, ni pretenderse que las normas que debieron estar en una modificación de la ley orgánica de extranjería –debidamente consensuada con la oposición– se introduzcan subrepticamente en un reglamento de desarrollo, violando el principio de legalidad, ni menos aún modificarse el Código Penal mediante una supuesta enmienda de un texto desprovisto respecto de ella de suficiente homogeneidad y conexión temáticas y ajeno a las normas criminales codificadas. Pero lamentablemente todo esto se ha hecho. Las formas son en un Estado de Derecho esenciales y su respeto constituye un serio límite procedimental a la decisión de la mayoría, que demasiado a menudo tiende a orillarlas.

En definitiva, la democracia constitucional que la Constitución recoge y ubica en el Estado social y democrático de Derecho es una democracia limitada por la Constitución. Un poder sujeto a un Derecho Constitucional que actúa –en palabras de Rubio Llorente– como la forma del poder. No es poco, aunque no baste.

3. Las funciones de la justicia constitucional

El segundo pie de mi razonamiento está en la idea de justicia constitucional. Un concepto más amplio que el de “jurisdicción constitucional” que, desde su origen en el período de entreguerras, entraña únicamente el monopolio de declaración de inconstitucionalidad de la ley por parte del Tribunal Constitucional. De este modo, en la justicia constitucional, como en la administrativa o en la civil, participan jueces y

tribunales que integran el poder judicial. Nuestro modelo concentrado tiene también algunos rasgos difusos. Una democracia constitucional viene garantizada en toda clase de pleitos por los órganos judiciales.

El recurso de amparo ordinario ante los órganos judiciales por muy distintos procedimientos no es sólo una vía previa del amparo constitucional, un camino a recorrer por imperativo de la subsidiariedad, tiene una sustantividad propia y no de trámite. Ciertos derechos –como *v.g.* reunión y manifestación o los derechos de participación política de los concejales– rara vez llegan al intérprete supremo de la Constitución. En otros, la exégesis del Tribunal Supremo ha ido por delante de la del Tribunal Constitucional –*v.g.* la Sala de lo Social en su jurisprudencia sobre los derechos laborales de los trabajadores emigrantes ilegales– o, incluso, ha delimitado el contenido esencial de los derechos yendo más allá que el Tribunal Constitucional en el alcance de las garantías.

El recurso contencioso administrativo se ha erigido lentamente en una vía para resolver ciertos conflictos de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas que no alcanzan a tener naturaleza constitucional sino meramente administrativa por difícil que el deslinde resulte. La jurisprudencia de la Sala Tercera –ayudada por alguna sentencia del propio Tribunal Constitucional– ha acabado por delimitar una competencia diferenciada entre las jurisdicciones constitucional y contenciosa según me parece haber demostrado en otro trabajo. Y ese recurso también ha servido como un mecanismo de control de la constitucionalidad de normas sin rango de ley, ligado o no al juicio de legalidad.

Se entiende así el art. 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC) cuando dice que el

Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución, pero no el único. Debe haber un diálogo entre uno y otros que impida los soliloquios o monólogos que Otto Bachoff denunciaba como peligrosos para cualquier intérprete.

La labor del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial en la interpretación de la Constitución y su defensa frente a los gobiernos de las sucesivas mayorías ha sido decisiva. Y se ha hecho en las tres funciones principales que identifican la justicia constitucional: custodia de los derechos, control de constitucionalidad de las normas y conflictos constitucionales. Las aportaciones de la justicia constitucional a la democracia constitucional son ya, pese a su juventud, una tradición española (ha dicho literariamente Jiménez Campo): uno de sus ingredientes centrales. Una tradición en un país hasta los años ochenta prácticamente desprovisto de tradiciones democráticas estables.

La defensa de las minorías políticas en el Parlamento desde un control externo y judicializado ha sido importante y relativamente útil. El art. 23.2 CE, el derecho a ejercer los cargos públicos representativos en condiciones de igualdad y regularidad, y el recurso de amparo previsto en el art. 42 de la LOTC han construido una herramienta –una suerte de conflicto constitucional encubierto entre fracciones de órganos– que en pocos pero importantes casos ha contribuido a limitar algunos de los excesos más patentes de la mayoría en materias como son: la tramitación parlamentaria de los asuntos, la admisión y calificación de los escritos por la Mesa, las preguntas e interpelaciones y solicitudes de información, la proporcionalidad en la composición de las Comisiones parlamentarias y en la designación de los Senadores autonómicos, etc.

Es mucho y bueno lo que creo que se ha hecho, bastaría aunque sólo fuera por abrogar la perversa idea de que en el seno de las Cámaras puede hacerse cualquier cosa –al igual que en la selva– en las relaciones entre mayoría y minorías con pretendido fundamento en la doctrina de los *interna corporis*. Pero es insuficiente y lo seguirá siendo mientras el Tribunal Constitucional se obstina en la improcedente doctrina de los derechos de configuración legal, línea de razonamiento que le lleva a una motivación demasiado apegada al Reglamento en sus pronunciamientos lo cual acaba por producir meras sentencias declarativas que en poco o nada condicionan los futuros abusos. El Tribunal Constitucional debería osar pensar por sí mismo el estatuto de los cargos públicos representativos y motivar sus decisiones con fundamentos más generales de forma que pueda predicarse de ellos un intenso efecto de vinculación.

El control de las fuentes del Derecho que lidera la mayoría como parte de su dirección política por el Tribunal Constitucional ha sido desigual. A veces un control débil v.g. respecto de la urgencia de los decretos leyes prácticamente nunca controlados. Un control intenso en relación a las leyes de las Comunidades Autónomas viciadas de incompetencia. Un control intermedio –débil o intenso según los casos– sobre los requisitos formales y materiales de las normas básicas estatales o el contenido eventual de las leyes de presupuestos. Veremos que ocurre con el abuso de la llamada ley de acompañamiento a la ley de presupuestos, que es la nueva patología que el sistema de fuentes ha generado, porque aquí –como en tantas otras cosas en la vida– se abre una ventana cuando se cierra una puerta.

La función de pacificación del conflicto que el Tribunal Constitucional ha realizado

a través de recursos de inconstitucionalidad y conflictos positivos en ese peculiar Estado compuesto, tan abierto que la Constitución sólo lo esboza, ha sido decisiva. Se ha podido hablar de un Estado autonómico judicializado. Puede que hasta en exceso en detrimento de otras relaciones de cooperación y coordinación, diversas y previas al conflicto constitucional. No obstante, a golpe de razonadas y pedagógicas sentencias se han enervado bastantes conflictos políticos entre entes territoriales, impidiendo que la controversia o disputa se transformara en un enfrentamiento total que es algo por definición imposible en un Estado constitucional.

Únicamente el Gobierno Vasco decidió no acudir ante el Tribunal Constitucional alrededor de 1990 y no volvió durante una década hasta el conflicto generado por la disolución del entramado de partidos de Batasuna. Pero ha vuelto al cabo donde solía. Esa opción de política procesal – quiero creer que arrumbada en provecho de la razón– sólo puede reprocharse, porque situarse extramuros del arbitraje y la conciliación jurídicos es abdicar del constitucionalismo y de la misma razón discursiva. Ninguna idea justifica tal proceder en una democracia constitucional.

Bien es verdad que no se ha llegado a cerrar el modelo de Estado autonómico, aún inadecuadamente abierto en varios extremos. Pero echar cerrojo a la edificación estatal no es cometido de ningún Tribunal sino, respectivamente, de los poderes de reforma constitucional y de reforma de los Estatutos de Autonomía. Ninguna Constitución puede sobrevivir sin ser reformada. Pero tampoco manteniendo estructuralmente abierta y en discusión su forma territorial de Estado. Un equilibrio entre estabilidad y dinámica constitucionales se hace preciso. El debate actual sobre

la reforma de la Constitución debería moverse entre ambos polos: no sacralizar la Norma Fundamental hasta congelarla y en consecuencia inutilizarla para sus fines propios, pero tampoco replantearse constantemente las líneas maestras del modelo constitucional. La necesidad de que cualquier reforma constitucional se apoye en un amplísimo consenso constituye el tercer pie de este trípode de ideas que deben presidir la adaptación de las Constituciones a las realidades estatales cambiantes.

Sobre todo, ha sido la defensa de los derechos fundamentales, muy entreverados con la legalidad en el caso de los derechos relacionales como la igualdad y la tutela judicial, de millones de justiciables, personas y ciudadanos (ha habido 28.106 amparos constitucionales de 1980 a 1994) donde el Tribunal Constitucional ha expresado su comprensión de la democracia constitucional.

El acceso directo de los individuos otorga un carácter difuso y popular, diríase que soberano y esencialmente democrático, a la defensa de la Constitución; un individuo tan poderoso como para sentirse capaz de alzarse en amparo frente a los poderes del Estado. Cualquier ciudadano ha podido deducir sus pretensiones y reclamar de un Juez imparcial que se pronunciara en sede constitucional sobre las presuntas arbitrariedades de los poderes privados y públicos. Esto es ya también un ingrediente de nuestra democracia constitucional, en este punto, más anglosajona que continental o francesa. En virtud de ese acceso directo, de la pluralidad de espontáneas reclamaciones sobre las garantías constitucionales en los procesos (art. 24 CE), la forma de impartir justicia se ha transformado sustancialmente, abandonándose en buena medida los vetustos, pero tan arraigados en el foro, formalismos decimononos.

La *auctoritas* de la jurisprudencia constitucional, emanada con mucho rigor y esfuerzo de varias generaciones de juristas en veinticinco años de serio trabajo, es un valorpreciado que debe preservarse a toda costa, impidiendo tanto vaivenes y cambios apresurados o inmotivados de jurisprudencia que la deterioren como incursiones evidentes e impropias en los debates políticos cual –me temo– ha acontecido en varias ocasiones durante la última presidencia. Unas imprudencias que han dado lugar tanto a la tramitación de recusaciones frente al Presidente del Tribunal Constitucional por el Gobierno Vasco como al ejercicio de acciones judiciales ordinarias por la Generalidad de Cataluña. Los poderes de exteriorización del Presidente del Tribunal Constitucional deben muy seriamente limitarse a expresar la voluntad del órgano colegiado en sus sentencias; sus libertades de expresión como ciudadano y de cátedra como profesor están sensiblemente restringidas mientras se mantenga en oficio, ese es el contrapeso de su importante poder de control. Quien, conocedor de su naturaleza y de sus incontinencias, no se sienta capaz de someterse a estas restricciones simplemente no debe intentar promoverse a tal dignidad.

Para alcanzar este prestigio y autoridad ha sido necesario que el Tribunal Constitucional encontrara su lugar como “órgano constitucional” en la división de poderes frente al legislador y frente al Poder Judicial. Las relaciones entre cualquier Tribunal Constitucional y el legislador son siempre conflictivas. En España no lo han sido en demasía. No conozco apenas casos evidentes de inejecución o incumplimiento de sentencias constitucionales como han ocurrido en otros países (hubo v.gr. unas jornadas de trabajo en Ucrania sobre este problema auspiciadas por la Comisión de

Venecia del Consejo de Europa a las que asistí como experto independiente de ese organismo). Incluso hay buenos ejemplos de leyes –pienso en la Ley Orgánica de Régimen Electoral General– donde el régimen de garantías electorales se ha ido enriqueciendo con reformas legales tras sentencias constitucionales que, en torno a concretos supuestos de hecho, han detectado insuficiencias o carencias hasta alcanzarse una buena ley muy perfeccionada por las sucesivas experiencias jurídicas. Más complicado ha sido respecto de las leyes procesales porque la frecuencia de sentencias interpretativas ha mantenido en vigor leyes antiguas muy necesitadas de modificaciones legislativas.

Los problemas han estado preferentemente con los órganos judiciales. Hasta el punto de que ha podido hablarse –en manifiesta hipérbole o exageración– de una Guerra de las Cortes entre los Tribunales Constitucional y Supremo. Nada más absurdo, pues –a mi juicio– no hay motivos estructurales u objetivos para ello en un ordenamiento necesariamente unitario y desprovisto de contradicciones. Puede haber habido suspicacias, hipersensibilidades o diferentes percepciones acerca de la posición de cada órgano por parte de algunos de sus titulares, y esporádicos enfrentamientos procesales sobre el alcance de la potestad de uno u otro en concretos casos. Nada que no deba resolverse escribiendo las sentencias de uno y otro con mentalidad dialogística y con una adecuada autocontención: con la prudencia que es de esperar de quienes por oficio hacen *iuris prudentia*.

Por otra parte, obsérvese que el Tribunal Supremo no es un órgano jurisdiccional sino varias Salas radicalmente independientes entre sí. Una naturaleza que materialmente le inhabilita para ser el supremo

órgano unificador de las garantías constitucionales. No se trata exclusivamente de acatar el mandato del art. 123.1 CE sino de la misma naturaleza de las cosas.

El conflicto está localizado y reducido a las Salas Primera y Segunda del Tribunal Supremo por razones difíciles de explicar en Derecho. No ha habido controversias con las Salas de lo Contencioso Administrativo, de lo Social, o de lo Militar. Incluso –ya se ha dicho– la Sala de lo Contencioso ha sabido diferenciar su competencia judicial en los recursos de ese orden sin invadir la del Tribunal Constitucional para los conflictos constitucionales de competencia. En cambio, las Salas Primera y Segunda han mantenido diversos –no muchos– y curiosos incidentes con el Constitucional. La admisión por Auto del Pleno de la Sala de lo Civil de una demanda de responsabilidad civil por daños y perjuicios causados por los Magistrados del Tribunal Constitucional derivada de la inadmisión de un recurso de amparo es, por ejemplo, difícil de justificar, pues ni el Tribunal Supremo es el garante de la certeza en las lindes de la jurisdicción constitucional –por el contrario el art. 4 de la LOTC establece que no se pueden promover cuestiones de jurisdicción al Tribunal Constitucional–, ni esta regla de la responsabilidad civil encuentra, entre los fines normales que la justifican, los ahora descritos. Y otro tanto ocurre en los diversos incidentes acaecidos en torno a los conocidos casos Preysler I y II (SSTC 115/200 y 186/2001).

4. Reflexión final

Concluiré mi intervención con una intersección, más que una síntesis, de ambas ideas. La Constitución española, todavía joven pero ya bastante consolidada, diseña un modelo limitado de organización cons-

titucional del poder y de formación democrática de la voluntad estatal a través de la representación. Un complejo conjunto de reglas y principios, fruto de la fusión entre las ideas de democracia y Estado constitucional –el Estado social y democrático de Derecho–, que se asientan sobre la esencial regla de la mayoría y la complementan al tiempo que la equilibran.

La decisión mayoritaria no siempre es razón bastante en la cultura del constitucionalismo. Hacen falta distintos pesos y contrapesos que aseguren la libertad, el Gobierno moderado y representativo, y la confianza de los ciudadanos en sus instituciones que son patrimonio inalienable de esa cultura.

Y el contrapoder que la justicia constitucional supone respecto de las sucesivas mayorías en la custodia de los derechos fundamentales y de la división de poderes horizontal y territorial es parte esencial e indefectible de todo esto. Una difícil función arbitral y pacificadora o garantista la que se atribuye al Tribunal Constitucional y que tanto el legislador como el Poder Judicial deben comprender colaborando en ella.

Sólo cuando el poder limita al poder los individuos alcanzan realmente un espacio de libertad, seguridad y justicia, como el proyecto de Tratado por el que se aprueba una Constitución para Europa proclama.

5. Referencias

Incluyo sólo referencias a los autores citados o aludidos en el texto y en los que se funda la argumentación:

BACHOFF, Otto. *Jueces y constitución*. Madrid: Civitas, 1985.

BASSOLS, Martín. *La jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República española*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1981.

- BUSTOS, Rafael. *La responsabilidad política del gobierno: ¿realidad o ficción?*. Madrid: Colex, 2001.
- DÍEZ PICAZO, Luis María. *El poder de acusar*. Ministerio fiscal y constitucionalismo. Barcelona: Ariel, 2000.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Arturo. *Leyes electorales españolas de diputados a cortes en el siglo XIX*. Estudio histórico y jurídico político. Madrid: Civitas, 1992.
- FERRERES, Víctor. *Justicia constitucional y democracia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997.
- GARCÍA ROCA, Javier. *Cargos públicos representativos* (un estudio sobre el art. 23.2 CE). Pamplona: Aranzadi, 1999.
- . Conflictos entre el estado y las comunidades autónomas ante el Tribunal Supremo: la competencia diferenciada entre las jurisdicciones constitucional y contencioso-administrativa. *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 62, 2002, p. 89 y ss.
- . Del principio de la división de poderes. *VVAA – Estudios de teoría del estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*. MORODO, Raúl y VEGA, Pedro de (Dirs.), Méjico – UCM: UNAM. 2001. t. II, p. 1.087 y ss.
- . El Tribunal Constitucional como Tribunal de Conflictos: los conflictos constitucionales. *VVAA – La experiencia constitucional (1978-2000)*. GUERRA, Luis López, TRUJILLO, Gumersindo y TREVIJANO, Pedro González (Dirs.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. p. 489-532.
- . La fragilidad de los ministros (de su competencia y responsabilidad directas). *VVAA – Gobierno y constitución*. Actas del II Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España (ACE), pendiente de edición.
- . Los derechos de los representantes: una regla individualista de la democracia. *VVAA – La democracia constitucional*. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente. Congreso de los Diputados y otros. Madrid, 2002. vol. I, p. 839 y ss.
- GÓMEZ ORFANELL, Germán. La legislación catalana de contratos de cultivo y el Tribunal de Garantías Constitucionales en la segunda república. *VVAA – La democracia constitucional*. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente. Congreso de los Diputados y otros. Madrid, 2002. vol. II, p. 1.535 y ss.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez* (sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso). , 3. ed. Madrid: Trotta, 2001. original en alemán de 1992.
- . *Historia y crítica de la opinión pública* (la transformación estructural de la vida pública). 4. ed. Barcelona: GG MassMedia, 1994. original en alemán de 1962 y 1990.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier. Principio de una tradición. *VVAA – La democracia constitucional*. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente. Congreso de los Diputados y otros. Madrid, 2002. vol. II, p. 1.879 y ss.
- KELSEN, Hans. *Esencia y valor de la democracia*. Barcelona: Labor, 1934.
- LÓPEZ GUERRA, Luis. *El poder judicial en el estado constitucional*. Lima: Palestra, 2001.
- PITKIN, Hanna Fenichel. *El concepto de representación*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- RALLO, Artemi. *Pluralismo informativo y constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- RUBIO LLORENTE, Francisco. *La forma del poder*. 2. ed. Estudios sobre la Constitución. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- RUIZ LAPEÑA, Rosa. *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República española*. Barcelona: Bosch, 1982.
- VEGA, Pedro de. La democracia como proceso (consideraciones en torno al republicanismo de Maquiavelo). *Revista de Estudios Políticos*, n. 120, 2003. p. 7 y ss.