

LAS MINORÍAS EN LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL —EL CASO ESPAÑOL—

Lina Marcela Escobar Martínez

RESUMEN

Desde la antigüedad hasta hoy los conceptos de minoría y democracia han adoptado diferentes significaciones, constituyéndose ambos en conceptos equívocos. Sin embargo, es posible afirmar que a partir de la configuración del Estado democrático, la regla de mayoría deja de ser una simple valoración numérica y se convierte en un principio dual de protección, como lo es el de mayoría y minoría, en la medida en que tanto la actividad de los más, como de los menos, así como de los agentes públicos y privados se encuentra sometida al respeto y garantía de los derechos, valores y principios consagrados en la Constitución de cada Estado.

Este trabajo entonces, muestra algunos de los cambios que ha experimentado la jurisdicción constitucional a propósito de la protección de las minorías y del respeto del principio democrático y plural consagrado en la Constitución. Así pues, la justicia constitucional de hoy, es una justicia que ha implementado en su funcionamiento y en sus procedimientos, mecanismos que permiten la manifestación de las opiniones de las minorías.

Palabras clave: principio de mayoría, principio de minoría, democracia, Estado democrático de derecho, justicia constitucional, Tribunal Constitucional, minoría política.

ABSTRACT

Since ancient times until today the concepts of minority and democracy have adopted different meanings, becoming both ambiguous concepts. However, it is possible to state that as of the configuration of the democratic State, the majority rule stops being a simple numerical assessment and becomes a dual protection principle, like that of majority and minority, in the means that both the activity of the most like that of the least, as well as the public and private agents are submitted to this respect and guarantee of the rights, values, and principles consecrated in the Constitution of each State.

The work then, shows some of the changes that the constitutional jurisdiction has experimented in relation to the protection of the minorities and of the respect of the democratic and plural principle consecrated in the Constitution. Thus, the constitutional justice of today is a justice that has been implemented in its smooth running and in its procedures, mechanisms which allow the demonstration of the opinions of the minorities.

Key words: *majority principle, minority principle, democracy, democratic law State, constitutional justice, Constitutional Court, political minority.*

SUMARIO

1. UNA APROXIMACIÓN HISTÓRICA ACERCA DE LOS PRINCIPIOS DE MAYORÍA Y MINORÍA
- 1.2. El concepto de democracia y el papel de las minorías en el Estado democrático de derecho
- 1.3. Las minorías y la jurisdicción constitucional
- 1.4. El Tribunal Constitucional. Sus decisiones contra mayoritarias y el principio democrático

BIBLIOGRAFÍA

1. UNA APROXIMACIÓN HISTÓRICA ACERCA DE LOS PRINCIPIOS DE MAYORÍA Y MINORÍA

Antes de comenzar con el análisis y descripción de la dualidad mayoría-minoría en la época actual es preciso retomar sus orígenes desde la *época clásica*, época en la cual el procedimiento y las prácticas mayoritarias eran ampliamente desarrolladas. Es así como encontramos que la cultura griega conoció indudablemente el procedimiento mayoritario como regla para la toma de decisiones y está fuera de toda duda que lo utilizó regularmente en sus instituciones, ya que fue Atenas la *polis* que logró elaborar el sistema más depurado de decisión mayoritaria, fundamentalmente en la *Ecclesia*¹, así como en las asambleas ciudadanas en donde se efectuaban elecciones y deliberaciones sobre diversos asuntos se apreciaba el consenso o el disenso ponderando la intensidad de la aclamación. Esta falta de escrutinio hace que estemos ante la primera expresión de una mayoría-minoría sensible².

Pero es ARISTÓTELES quien hace los verdaderos aportes de esta época en torno al concepto de mayoría, pues enuncia dos premisas clave para el desarrollo de la regla de la mayoría: en primer lugar determina que deberá verificarse antes de tomar una decisión la ausencia de cualquier otro criterio más ventajoso, conveniente o adecuado al que ligar la decisión y en segundo lugar determina que la aplicación de la regla de la mayoría no define un tipo de régimen, ya que es simplemente un procedimiento, un instrumento que es compatible con cualquier forma pura de gobierno, prueba de ello es que en las oligarquías es principio fundamental que la decisión de autoridad es la de la mayoría de los gobernantes. De modo que el régimen de decisiones mayoritario no es una característica exclusiva de las democracias sino un medio para otorgarle validez a la deliberación realizada por un grupo de personas que siendo libres e iguales toman parte de los asuntos públicos³.

Sin embargo, y pese a lo anteriormente expuesto hay autores como GIOVANNI SARTORI que afirman que el principio de mayoría fue desconocido por los griegos en la medida en que el procedimiento del voto o la aclamación de la mayoría practicado en la *ekklesia* era un expediente práctico que se dejaba pasar sin reconocimiento oficial, sin una doctrina que lo mantuviese. Basa su concepto en que la ciudad

1 CHUECA RODRÍGUEZ, RICARDO, I, *La regla y el principio de la mayoría*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 27.

2 REQUEJO, PALOMA, *Democracia parlamentaria y principio minoritario. La protección constitucional de las minorías parlamentarias*, Ariel Derecho, Barcelona, 2000, pág. 11.

3 Véase ARISTÓTELES, *Política*, lib. III, caps. 6-8, 11; cap. 4; lib. VIII, caps. 2-3, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

griega se fundaba —lo repiten PLATÓN, ARISTÓTELES y DEMÓSTENES— sobre la *homoia*, sobre un espíritu común, una concordia cívica que se basaba a su vez en la *philia*, en la amistad. Reconocer el principio de mayoría sería, en este contexto, como validar un principio de desunión, la división que lleva a la ciudad al desastre⁴.

La posición de este autor puede entenderse en la medida en que plantea la no existencia del principio de mayoría como un concepto elaborado y estructurado teóricamente, lo cual no implica que en dicha época no existieran prácticas mayoritarias que fueron las que dieron las bases y sentaron los postulados de lo que hoy conocemos como el principio de mayoría.

En Roma no existía un interés por la minoría y sus intereses, lo único importante era alcanzar una mayoría numérica para dar legitimidad a la decisión adoptada sin importar si se trataba de una mayoría simple, absoluta o cualificada, ya que la voluntad colectiva de la corporación no era distinta de la voluntad de sus miembros, apelando en unos casos, a la ficción de la unanimidad y en otros, al consenso, cuyo resultado fue negar la existencia para el derecho del concepto de minoría ya que en el derecho romano, mayoría y minoría no funcionan como dos partes enfrentadas en la defensa de unos derechos o intereses contrapuestos dentro del todo que es la corporación; el derecho objetivo sólo admite la presencia de esta última bajo el prisma de una falsa unanimidad⁵.

Las técnicas electorales que después fueron puestas en práctica en las comunas medievales no nos llegan, por consiguiente de los griegos (los cuales, por lo general, sorteaban), sino de las órdenes religiosas, de los monjes encerrados en sus conventos-fortalezas que en la Alta Edad Media se encontraban conque tenían que elegir a sus propios superiores. Al no poder recurrir ni al principio hereditario ni al de la fuerza, no les quedaba sino elegir por medio del voto y para implementar el sistema de votación recurrieron a su gran ingenio y es así, como debemos a los monjes el voto secreto y la elaboración de las reglas de voto mayoritario. Pero, para ellos y después para toda la Edad Media y el Renacimiento, la mayor *pars* debía seguir unida con la *melior pars*, con la parte mejor. Y, al final, la elección debía terminar por ser unánime. Se hablaba entonces de reglas mayoritarias pero no de derecho de la mayoría, ya que el principio sancionador, hasta LOCKE, era y seguía siendo la unanimidad⁶.

4 SARTORI, GIOVANNI, *Elementos de teoría política*, Ciencias Sociales, Alianza Editorial, Madrid, 1999, pág. 39.

5 REQUEJO, PALOMA, *Democracia parlamentaria y principio minoritario. La protección constitucional de las minorías parlamentarias*, Ariel Derecho, Barcelona, 2000, pág. 13.

6 SARTORI, GIOVANNI, *Elementos de teoría política*, Ciencias Sociales, Alianza Editorial, Madrid, 1999, pág. 39.

Es entonces en el *derecho canónico* en donde la voluntad de las minorías empieza a ser tenida en cuenta, incluso con efecto decisorio a partir del siglo XII en donde a raíz de la influencia del derecho romano se acoge la ficción de que la mayoría representa a todos y éstos, a su vez, a la persona jurídica, pero es el derecho canónico quien empieza a transformar este criterio mayoritario incluyendo el aspecto cualitativo al ya existente aspecto cuantitativo. Así las cosas bajo el nuevo planteamiento canónico no es suficiente contar las voluntades sino que éstas deben ser pesadas, llegándose al caso en que las minorías numéricas podrían llegar a decidir atendiendo a la *sanior pars* y no a la *mayor pars*.

Por otra parte, es necesario resaltar que en el proceso de construcción jurídica medieval de la regla de mayoría se utilizaron inicialmente como paradigmas los conceptos de universitas y de corporación al hilo de la glosa del *Habeas iuris civilis*. Los glosadores retomaron por tanto la *fictio romana*, aunque la depuraron en gran medida precisando en esta línea el modo de aplicación de la regla: convocatoria, quórum, etc. Es precisamente en esta época en donde se ensaya por primera vez la delimitación del ámbito de validez de los acuerdos obtenidos en relación con los derechos y libertades individuales⁷.

El cambio tiene lugar entonces bajo las ideas de LOCKE en la época del *Estado liberal*, ya que es él quien inserta el derecho de la mayoría en un sistema constitucional que lo disciplina y controla. LOCKE planteaba que el soberano debía estar sujeto a limitaciones ya que debía mantener y respetar los derechos naturales a la vida, la propiedad y la libertad. Por este motivo, rey y parlamento tenían que estar sometidos a controles y equilibrios recíprocos para impedir que ninguno de ellos ostente un poder absoluto, adicionalmente proponía la regla mayoritaria como criterio para la toma de decisiones colectivas, en donde la minoría, en caso de existir, debería aceptar la voluntad mayoritaria porque al fin de cuentas con ello acata su propia decisión de que la mayoría cualquiera que ésta sea, decida sobre la creación del poder público y la determinación del contenido concreto del bien público colectivo⁸.

Pero el catalizador fue la emergencia de una concepción “pluralista” del orden político. Al final del siglo XVII, a partir de los desastres y horrores de las guerras de religión, se originó el ideal de la tolerancia, mientras que la fe católica se fragmentaba en las sectas protestantes. Sobre ésta y otras premisas se va afirmando lentamente

7 CHUECA RODRÍGUEZ, RICARDO I, *La regla y el principio de la mayoría*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 45.

8 LOCKE J., *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, caps. VIII, IX, XI, Alianza Editorial, Madrid, 2002.

la creencia de que la diversidad y también el disenso son también compatibles con el mantenimiento del conjunto, la idea de que la concordia puede ser también discordia, la idea de la *concordia discors*. Si es así, y cuando es así, la cosa pública puede articularse e incluso desarticularse en mayorías y minorías. Y la regla de la mayoría permite al pueblo salir del limbo de la ficción jurídica para convertirse en sujeto concretamente operante⁹.

Es aquí cuando aparecen los *estados democráticos* en donde gracias a la aparición del principio de igualdad se le permite a cada uno de los ciudadanos participar en la elección de sus representantes y en la adopción de decisiones, reconociéndole a cada uno de los individuos unos derechos específicos y una diferencia en sus ideales e intereses con respecto de los demás miembros de la comunidad a la que pertenecen. Con ello se rompe el concepto de homogeneidad de los individuos vigente hasta este momento, permitiendo entonces hablar de un nuevo concepto de representación, del sufragio universal y del criterio “un hombre un voto” como unidad de cuenta.

Así pues nos queda esbozado el proceso de construcción del principio de mayoría desde la época clásica, los canonistas, el mundo medieval y el romano, pasando por las ideas liberales y llegando hasta el Estado democrático, es preciso ahora adentrarnos en el estudio de la aplicación de dicha regla y por ende de la protección de las minorías en el Estado democrático actual.

1.2. El concepto de democracia y el papel de las minorías en el Estado democrático de derecho

El significado de lo que debe entenderse por democracia ha sido siempre uno de los temas más estudiados a lo largo de la historia del derecho y de la ciencia política, sin haberse podido hasta el momento encontrar una definición uniforme y unívoca de dicho concepto. Se habla por tanto de la dualidad entre mayoría y minoría y del querer de la voluntad general pero, como bien lo explica SARTORI, la democracia es un concepto equívoco que depende de las circunstancias de tiempo, lugar y modo en las cuales se pretenda dar solución a la eterna pregunta: ¿qué es la democracia?

⁹ SARTORI, GIOVANNI, *Elementos de teoría política*, Ciencias Sociales, Alianza Editorial, Madrid, 1999, pág. 39.

Así pues desde el siglo III a.C. hasta el siglo XIX se le han dado diferentes connotaciones al término democracia, el cual aparece por primera vez en HERÓDOTO y significa poder del pueblo. Posteriormente fue ARISTÓTELES quien clasificó la democracia como una forma mala de gobierno convirtiéndose entonces dicho término en una palabra negativa, dando lugar a que se considerase que el régimen político óptimo era la república (*res publica*, cosa de todos) y no la democracia. KANT repite una opinión común cuando escribía, en 1795, que la democracia “es necesariamente un despotismo”; y los padres constituyentes de los Estados Unidos eran de la misma opinión. En los *Federalist Papers* se habla siempre de “República representativa”, y nunca de democracia (salvo para condenarla). Incluso la Revolución Francesa se refiere al ideal republicano, y sólo ROBESPIERRE, en 1794, utilizó “democracia” en sentido elogioso, asegurando así la mala reputación de la palabra durante otro medio siglo¹⁰.

Hoy según SARTORI la “democracia” es una abreviación que significa liberal-democracia y se constituye en un discurso complejo en el cual se pueden distinguir tres aspectos. En primer lugar, la democracia es un principio de legitimidad. En segundo lugar, la democracia es un sistema político llamado a resolver problemas de ejercicio (no únicamente de titularidad) del poder. En tercer lugar, la democracia es un ideal.

En cuanto a los aspectos de la democracia como principio de legitimidad y de ideal social no haremos énfasis ya que desbordan el objetivo del presente trabajo, pero sí nos centraremos en el aspecto de la democracia como un sistema político llamado a resolver problemas de ejercicio del poder, ya que es precisamente aquí en donde el juego de mayorías y minorías tiene una gran relevancia, aunque como se ha dicho anteriormente, el principio de mayoría-minoría es independiente de su aplicación en un sistema democrático o no.

Así pues encontramos cómo en los años sesenta, con el resurgimiento de la fórmula de la democracia “participativa”, el ciudadano participante es el ciudadano que ejerce en nombre propio, por la cuota que le corresponde, el poder del que es titular. Sin embargo, dada la complejidad del mundo actual y el alto número de habitantes en cada ciudad por no hablar de los estados, se hace imposible seguir hablando de democracia participativa y es necesario adoptar la fórmula de la democracia representativa que separa la titularidad del ejercicio para después vincularla por medio de los mecanismos representativos de la transmisión del poder. El que se añadan algunas instituciones de democracia directa —como el referéndum

10 SARTORI, GIOVANNI, *Elementos de teoría política*, Ciencias Sociales, Alianza Editorial, Madrid, 1999, pág. 29.

y la iniciativa popular— no obsta para que las actuales sean democracias indirectas gobernadas por representantes¹¹.

Todo esto sumado al hecho de que las instituciones democráticas no cuentan hoy con la legitimidad de antes, los congresos o parlamentos como órganos representativos por excelencia y como garantes y protectores del sistema democrático, han caído en descrédito sin precedentes ante la opinión pública nacional e internacional, pues este es un fenómeno marcado por la corrupción y la primacía de los intereses individuales sobre los de la comunidad que afecta a la gran mayoría por no decir la totalidad de los órganos representativos a nivel mundial, cuya consecuencia inmediata ha sido el traslado de la confianza pública a los órganos judiciales y en especial a los tribunales constitucionales¹².

Así entonces, es evidente, y la doctrina reconoce, que nos hallamos ante un ocaso legislativo. Los excesos del parlamentarismo, la inestabilidad de los gobiernos en determinados países y momentos (Alemania, Italia, Francia), la necesidad de unos gobiernos fuertes para hacer frente a las exigencias de dos guerras mundiales, las complicaciones de las economías modernas, las crisis económicas de 1929 y 1973, la aplicación de políticas colectivistas y socialistas, el éxito y la expansión del Estado de bienestar con su secuela de aumento de la burocracia y del intervencionismo, han llevado a una desconfianza en el poder del parlamento y a un crecimiento del poder ejecutivo. El legislativo ha perdido, como ha dicho WHEARE, poder, eficacia, estima e interés público: ha quedado disminuido frente a otras instituciones políticas o sociales, especialmente el ejecutivo, pero también respecto de los partidos, los sindicatos y patronales, la radio y la televisión. De hecho el legislativo ha cedido en todas sus funciones básicas: fijar la política a seguir, hacer

11 SARTORI, GIOVANNI, *Elementos de teoría política*, Ciencias Sociales, Alianza Editorial, Madrid, 1999, pág. 30. Al respecto se han hecho varias disquisiciones teóricas en la medida en que es precisamente en el modelo de la democracia representativa en donde se habla de poder constituyente y poder constituido, de sus facultades y legitimaciones frente al poder de reforma constitucional y con ello en la protección y garantía de los derechos de las minorías. Véase: DE VEGA PEDRO, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Editorial Tecnos, Madrid, 1999.

12 Al respecto se ha manifestado MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN, afirmando que un preocupante repliegue de los políticos electos, una cada vez mayor interferencia e importancia en la política de otros agentes sociales (grupos económicos, medios de comunicación, personajes encumbrados por estos mismos medios) y una difusa identificación de la democracia con una especie, más que de Estado de derecho, de “Estado de la justicia judicial”, donde “el juez parece adquirir una legitimación superior a la de los políticos electos”, al fin y al cabo presentados y en buena medida percibidos como “representantes de un sistema corrupto, opaco y partidocrático”. Citado por CÁMARA VILLAR, GREGORIO, “Justicia y política en la España democrática (una reflexión a propósito de los llamados “jueces estrella” y la judicialización de la política)”, en: *Estudios de derecho constitucional. Homenaje al profesor Dr. D. Joaquín García Morillo*, coord. LUIS LÓPEZ GUERRA, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 409.

las leyes y controlar al ejecutivo. La política la fija el gobierno en su programa y aún más lejos el partido en el programa que presenta para las elecciones. La legislación la aprueba el parlamento pero no la elabora él, los proyectos en una proporción abrumadora son obra del gobierno, del ejecutivo, y se aprueban sin apenas modificaciones del legislativo: y la llamada legislación delegada (decretos-leyes, reglamentos, textos refundidos), es cada vez más numerosa e importante. El control del ejecutivo por el legislativo se ve sometido cada vez a mayores límites, quedando de él la capacidad del parlamento de derribar al gobierno por la vía de la moción de censura, pero reduciéndose la eficacia real del control menor de los actos del día a día. Y cuando esa moción de censura se configura como en nuestro derecho, [como constructiva], es un arma sólo para situaciones muy excepcionales¹³.

Por otra parte, la compleja dinámica del sistema de partidos, hace que el concepto de democracia no sólo sea analizado desde un punto de vista netamente práctico sino ideológico, pues con el auge de los sistemas de partidos de masas y el sistema de listas cerradas, la aplicación de los principios de mayoría y minoría cada vez quedan más en el olvido. En la medida en que si bien los parlamentos ya no constituyen un órgano representativo del interés general sino de intereses particulares de los factores reales de poder mayoritarios y que por ende se identifican casi plenamente con los objetivos propuestos por los gobiernos en cabeza del ejecutivo, la función de control ejecutivo y de garante de las minorías políticas desaparece prácticamente del catálogo de acciones que realizan los órganos en teoría representativos¹⁴, por todo esto y por mucho más el concepto de democracia entra hoy más que nunca en un fuerte debate ideológico, pues democracia no es hoy en práctica un equivalente de legitimidad y tampoco un sistema político llamado a resolver problemas de ejercicio del poder, pues ya es evidente su manipulación en

13 ÁLVAREZ ÁLVAREZ, JOSÉ LUIS, “Gobierno, partido y separación de poderes”, en: *La Constitución española. Lecturas para después de una década*, Universidad Complutense de Madrid, 1989, pág. 17.

14 VERGOTTINI ha expuesto entre las causas de esta crisis de la democracia y del parlamentarismo la extensión y generalización del derecho de sufragio, el hecho de que los partidos políticos se convirtieron en partidos de masas con una amplia organización en todo el país. Y que en consecuencia los diputados comenzaron a pertenecer a esos partidos, sin los cuales no podían ser elegidos, y a seguir —una vez elegidos— disciplinadamente sus consignas. Así entonces, por todo ello este autor considera que el régimen parlamentario se fue convirtiendo en un régimen de partidos y que con su consolidación definitiva como tal, ya no fue posible considerar al gobierno y al parlamento como órganos antagonistas, puesto que el mismo partido o coalición disponía del gobierno y de la mayoría en el seno del parlamento. Por lo tanto de esta forma y paulatinamente, el parlamento fue perdiendo su originaria función preferente y se transformó en el órgano de ratificación de las decisiones acordadas fuera de él. De ahí que se pueda afirmar que las relaciones de confianza entre el gobierno y el parlamento no pueden ser interpretadas según los criterios tradicionales, porque están condicionadas de hecho y de derecho por los partidos políticos. Citado por ÁLVAREZ ÁLVAREZ, JOSÉ LUIS, “Gobierno, partido y separación de poderes”, en: *La Constitución española. Lecturas para después de una década*, Universidad Complutense de Madrid, 1989, pág. 17.

este aspecto, por lo tanto al negarse la posibilidad de identificar democracia con un ideal, es necesario entonces encontrar una fórmula que describa lo que en el contexto actual debe entenderse por aquélla, así como los medios para recuperar el posicionamiento que dicho principio en algún momento logró alcanzar.

Así entonces, podemos afirmar que la creciente influencia de los partidos, la creación de una mayoría absoluta de larga duración, los efectos de las listas cerradas, la ineficacia del parlamento como órgano de control, la dominación del Consejo Superior del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional por el legislativo y de éste por el ejecutivo, han contribuido a que el concepto de democracia entre en crisis y en consecuencia que los principios de minoría y mayoría también estén siendo desconocidos por ciertos operadores jurídicos al momento de creación y aplicación de las leyes.

Por lo tanto, nos encontramos ante unos parlamentarios sin iniciativa individual, sometidos a órdenes de sus partidos y con un voto tan disciplinado como impersonal; unas sesiones carentes de atractivo y un desinterés de la opinión por la vida parlamentaria; unas elecciones con listas cerradas en que se vota al partido; un Estado de partido y un parlamento de partidos; y unos parlamentarios desconocidos y puros votantes y no intervinientes, con pocas excepciones. Y en los que el mandato imperativo sólo sirve en los casos extremos para cambiarse de grupo, por razones personales, no para defender con independencia temas importantes por razones de conciencia¹⁵. Con lo cual el parlamento queda en evidencia pública ante la gran crisis que está atravesando.

Vemos cómo la necesidad de salvaguardar los principios de mayoría y minoría se van trasladando de los parlamentos como órganos democráticos por excelencia a los tribunales constitucionales, configurándose con ello el concepto de democracia constitucional en donde se destacan los principios de igualdad y libertad, junto con el respeto por los derechos fundamentales como características primordiales de este tipo de democracia, la cual cobra más importancia en aquellos estados consolidados como sociales de derecho en donde la actividad de todos los poderes públicos y en general de los particulares está vinculada al respeto de los derechos fundamentales y por ende las mayorías deben respetar los derechos de las minorías en cada una de sus actividades, so pena de ser declaradas inconstitucionales sus actuaciones por parte de los órganos estatales encargados de ejercer el control constitucional.

15 ÁLVAREZ ÁLVAREZ, JOSÉ LUIS, "Gobierno, partido y separación de poderes", en: *La Constitución española. Lecturas para después de una década*, Universidad Complutense de Madrid, 1989, pág. 44.

En consecuencia, en el actual estadio del desarrollo democrático todo parece apuntar a que corresponde un especial protagonismo al poder judicial entendido en sentido amplio como poder de la jurisdicción, porque tras los logros de la libertad y de la igualdad en la ley alcanzados por la legislación y tras los logros del Estado asistencial y de bienestar propios de la conjunción legislativo-ejecutivo, se ha llegado a un momento en la evolución del constitucionalismo en el que lo que está en cuestión es la salvaguarda y protección de esos logros a través del sistema de garantías que hace posible la normatividad de la constitución, donde su quintaesencia ha quedado prendida como contenido inexcusable del paradigma de la sociedad democrática avanzada que sostiene, tras siglos de evolución la “cultura occidental” actual. En este sentido puede gráficamente decirse, como tantas veces se ha repetido, que si el siglo XIX fue el siglo del Legislativo y la primera parte del XX del ejecutivo, en la segunda parte del XX nos hemos situado en el del poder judicial¹⁶.

Todo esto va acompañado ineludiblemente de una nueva concepción acerca del papel de la Constitución en el Estado democrático, pasando entonces de conceptos puramente nominales o sociológicos de Constitución a uno de Constitución normativa, pues convirtiéndose ésta en norma de normas, en eje y pilar fundamental del ordenamiento jurídico de cada Estado y contando con la posibilidad de su aplicación directa por los operadores jurídicos de diversa índole. Por ello,

“la existencia de una Constitución normativa es, en resumidas cuentas, el límite más evidente que el principio democrático impone al parlamento.

La norma fundamental recoge las decisiones básicas adoptadas por la sociedad acerca de la organización de los poderes del Estado y la relación que deben mantener con los ciudadanos, límites infranqueables para el legislador. Pero es necesario resaltar que la Constitución no impone sólo límites materiales al parlamento, sino también condicionamientos formales. En efecto, la democracia es, sobre todo, procedimiento. Como antes se señalaba, exige que las cámaras actúen conforme al principio de la mayoría, pero también con respeto a los derechos de la minoría y garantizando la publicidad. Estos requisitos son necesarios para la elaboración de la ley, pero también para la realización de casi todos los demás actos parlamentarios”¹⁷.

16 CÁMARA VILLAR GREGORIO, “Justicia y política en la España democrática (una reflexión a propósito de los llamados “jueces estrella” y la judicialización de la política)”, en: *Estudios de derecho constitucional. Homenaje al profesor Dr. D. Joaquín García Morillo*, coord. LUIS LÓPEZ GUERRA, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 396.

17 BIGLINO CAMPOS, PALOMA, “Algunas reflexiones sobre el principio democrático como fundamento y límite del parlamento”, en: *Estudio de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, t. II, 2001, pág. 747.

Así pues, es precisamente gracias a estas declaraciones constitucionales que las minorías gozan actualmente de mayores garantías y de medios de protección para sus derechos, en la medida en que la utilización de la regla de la mayoría se puede considerar insuficiente para la protección de las minorías, pues dicha regla nada dice en lo referente a cuántos, quiénes y con qué intensidad participan en la votación donde ha de ser aplicada; sino que se limita a identificar la decisión colectiva con la de la mayor parte, es por esto que puede ser utilizada en cualquier sistema, ajeno al democrático, donde haya de adoptarse una decisión colectiva ya que en la democracia pueden emplearse otros procedimientos de formación de decisiones distintos al mayoritario; es el caso del método consensual, donde la voluntad colectiva surge de un acercamiento de posiciones gracias a concesiones recíprocas¹⁸.

Todo esto teniendo en cuenta que es necesario un cambio inminente pues hoy el poder se concentra en la conjunción mayoría parlamentaria-gobierno, y la ley no es tanto razón convertida en norma cuanto decisión política orientada a un concreto fin, y tanto los derechos fundamentales de los ciudadanos como el derecho objetivo, que ya no es sólo ni primero el que resulta de la ley, como se desprende de la supremacía de la constitución democrática y normativa, han de ser garantizados en esta situación frente a potenciales abusos o desviaciones de estas fuentes de poder. En consecuencia, es el poder jurisdiccional, quien tiene el poder de decir el derecho aplicable a cualquier relación, siendo él único órgano susceptible de controlar al poder político efectivo, esto es, tanto al legislador, como al gobierno propiamente dicho y a la administración¹⁹.

Al respecto la profesora PALOMA REQUEJO afirma que en un Estado democrático, un principio mayoritario que hace que los más, sean quienes sean, decidan, resulta insuficiente y se hace entonces imprescindible un principio minoritario que involucre a los menos en un proceso de adopción de decisiones, donde si bien no van a resolver, al menos, sí deben intervenir en la deliberación como una exigencia del valor de igualdad y de libertad, garantizando entonces que en los procesos deliberativos puedan manifestarse las diversas opiniones en atención a la diferente adscripción política de aquellos que las mantienen²⁰, de tal modo que el principio

18 Véase esta compatibilidad de la regla mayoritaria con otras fórmulas distintas a las democráticas en N. BOBBIO, C. OFFE y S. LOMBARDINI, *Democrazia, Maggioranza e Minoranze*, Il Mulino, Bolonia, 1981, pág. 33 y sigs.

19 CÁMARA VILLAR GREGORIO, "Justicia y política en la España democrática (una reflexión a propósito de los llamados "jueces estrella" y la judicialización de la política)", en: *Estudios de derecho constitucional. Homenaje al profesor Dr. D. Joaquín García Morillo*, Ccoord. LUIS LÓPEZ GUERRA, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 403.

20 Véase al respecto la STC 32/1985.

más elemental en cuanto a la esencia del debate no es el de la mayoría, sino el del pluralismo y, por tanto, el de minoría²¹.

Por lo tanto, si entendemos hoy bajo una democracia constitucional que la democracia es el gobierno por discusión pública y no sólo la imposición de la voluntad mayoritaria²², el desacuerdo público es entonces un instrumento esencial del gobierno popular, ya que no cualquier “voluntad”, sino aquella voluntad formada en debate vigoroso y abierto debería recibir autoridad soberana. Así entonces, el derecho a la oposición legalmente garantizado, es por tanto, norma fundamental del gobierno democrático; y aporta un requisito esencial para la formación de una opinión pública democrática, permitiéndole a los ciudadanos poder articular y defender públicamente opiniones políticas heterodoxas sin verse amenazados o privados de sus medios de vida, puesto que el consentimiento no tiene ningún sentido sin garantías institucionales para disentir. En conclusión podemos afirmar que,

“la soberanía popular no tiene ningún significado sin reglas que organicen y protejan el debate público”²³.

Y es entonces precisamente aquí en donde hay que resaltar que es el propio Estado democrático quien

“establece los cauces para que cualquier individuo pueda participar en el sistema con cualquier demanda de acción u omisión y, a la vez, tener la certeza de que no va a ser de antemano rechazada y la confianza de que podrá ser satisfecha en la mayor medida posible”²⁴,

21 REQUEJO, PALOMA, *Democracia parlamentaria y principio minoritario. La protección constitucional de las minorías parlamentarias*, Ariel Derecho, Barcelona, 2000, pág. 27 y sigs.

22 *a.d.lindsay, the essentials of democracy*, 2ª ed., Oxford University Press, Londres, 1951.

23 HOLMES STEPHEN, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en: *Constitucionalismo y democracia*, coordinadores JON ELSTER y RUNE SLAGSTAD, Fondo de Cultura Económica, México, 1999, pág. 255.

En el mismo sentido y en palabras del profesor DE OTTO, “la concepción moderna de democracia avala la sujeción del legislador a límites que garanticen los derechos de la minoría frente a la mayoría. En la democracia, no se trata tan sólo de asegurar la supremacía de la voluntad popular mayoritaria, sino de mantener abierto el pluralismo mediante el reconocimiento de las libertades individuales y colectivas. El relativismo propio de la democracia no supone el reconocimiento de que es la mayoría la que define la verdad, sino el de que no hay más verdad que la que resulta del libre juego de opiniones, que precisamente por esa razón debe encontrarse garantizado”. Tal garantía la ofrece el Tribunal Constitucional como encargado de constatar que en efecto se sigue un procedimiento de esta índole en la elaboración de la ley. I. DE OTTO y PARDO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, pág. 143.

24 Véase F. BASTIDA FREJEDO, *La soberanía borrosa: la democracia, fundamentos*, n. 1, 1998, pág. 434.

aunque se deja bien en claro que sólo transformándose en mayoría, la minoría podrá, en palabras de RESCIGNO, “decidir en positivo”²⁵ y el hecho de que este cambio pueda hacerse realidad, si así lo quieren los electores, convierte a la decisión mayoritaria en una decisión provisional en la que la minoría no renuncia a las razones que ha hecho valer en la deliberación anterior a la toma de la decisión, sino que renuncia a darles plasmación normativa hasta que en un nuevo proceso alcancen la mayoría de los votos.

Todo lo anteriormente expuesto es posible en términos democráticos cuando las pertinentes fuerzas políticas existentes en un Estado pueden encontrar instituciones que den una garantía razonable de que sus intereses no serán afectados de manera sumamente adversa en el curso de la competencia democrática²⁶, son entonces las instituciones y el ordenamiento jurídico²⁷ una pieza clave para la estructuración de un Estado democrático, ya que la democracia no puede ser el resultado de un compromiso sustantivo, pero sí de un compromiso institucional de respetar y garantizar las decisiones mayoritarias que no atenten contra los derechos de las minorías.

El compromiso institucional aparece entonces como un elemento de enlace entre la soberanía popular y el pluralismo, ya que es precisamente la formalización de un procedimiento para la toma de decisiones que respete tanto los intereses de las mayorías como de las minorías lo que nos garantizará la existencia y legitimación de un régimen democrático en donde los conceptos de soberanía popular, pluralismo y Constitución alcancen su máxima expresión en términos justicia, libertad e igualdad. Y es precisamente de esta forma que la Constitución se convierte en un instrumento de autogobierno²⁸, en una técnica por la cual la ciudadanía se rige a sí misma, ya

25 RESCIGNO G.U., *Democrazia e Principio Maggioritario, Quaderni Costituzionali*, n. 2, 1994, pág. 193.

26 PRZEWORSKI, ADAM, “La democracia como resultado contingente de conflictos”, en: *Constitucionalismo y democracia*, coordinadores JON ELSTER y RUNE SLAGSTAD, Fondo de Cultura Económica, México, 1999, pág. 94.

27 En igual sentido IGNACIO DE OTTO, “al invocar un poder previo al derecho se desconoce que el propio proceso de manifestación de una voluntad democrática sólo es posible conforme a reglas que aseguren la igualdad y libertad de los partícipes y la veracidad de su resultado: *no hay democracia sin derecho*” I. DE OTTO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, ob. cit., pág. 56. En un sentido semejante A. ROSS, que sostiene que el concepto de voluntad popular supone el de democracia y no a la inversa, ¿por qué democracia?, CEC, Madrid, 1989, pág. 125.

28 Entre los teóricos de la democracia, ninguno enfocó más persistentemente que JOHN STUART MILL la naturaleza (favorable a la libertad y a la participación ciudadana) de las reglas e instituciones constitucionales. Las cargas y oportunidades de una Constitución escrita fueron ajenas a la experiencia inglesa; sin embargo, MILL dedicó la mayor parte de sus *Considerations on Representative Government* a un análisis de diversos recursos semiconstitucionales dedicados a organizar el gobierno popular, en: STUART MILL JOHN, *Considerations on Representative Government, Essays on Politics and Society*, m.m. Robson (comp.), vol. III, University of Toronto Press, 1977, pág. 516.

que una colectividad no puede tener propósitos coherentes aparte de todos los procedimientos para la toma de decisiones, es necesaria la existencia de unos parámetros y de unos mecanismos de control de cada una de las actuaciones que se realicen que involucren directa o indirectamente los intereses de la colectividad. Es por esto que el pueblo no puede actuar como una masa informe, ya que,

“la democracia nunca es sencillamente el gobierno del pueblo, sino siempre es el gobierno del pueblo por ciertos canales preestablecidos”²⁹.

Dichos canales preestablecidos no encuentran una mejor garantía que su plasmación en el texto constitucional de cada Estado, ya que existiendo el principio de supremacía constitucional todas aquellas disposiciones incluidas en la Constitución adquieren una jerarquía superior dentro del ordenamiento jurídico, lo cual le implica tanto a los poderes públicos como privados una limitación en el ejercicio de sus derechos con el fin de garantizar los derechos de los demás y de gozar de los suyos propios, son entonces limitaciones que generan posibilidades de actuación, goce, disfrute y protección de los derechos fundamentales³⁰ y en realidad de todo tipo de derechos consagrados en el texto constitucional.

La idea de “limitaciones que generan posibilidades” ayuda a explicar la aportación del constitucionalismo a la democracia y, así mismo, a aclarar la relación existente entre unas obligaciones heredadas y un consentimiento expreso. Los creadores de la Constitución supusieron que las generaciones futuras desearían vivir bajo un gobierno en que la mayor parte de las obligaciones derivaran de un consentimiento expreso.

Sin embargo, para que esto fuera posible, tenía que estar ya en su lugar una Constitución, un documento de procedimientos que asegurara los requisitos para el consentimiento y disidencia racionales, el debate público, la resolución de conflictos sin violencia y la revisión minuciosa y acumulativa del propio marco constitucional. Para semejante Constitución, impuesta o heredada, no podría haber más garantías que un consentimiento hipotético o supuesto. Lo ideal en una democracia sería que todo aquel afectado por una decisión tuviera el derecho de participar en su adopción. Sin embargo, los que aún no nacen se encontrarán permanentemente privados del

29 HOLMES STEPHEN, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en: *Constitucionalismo y democracia*, coordinadores JON ELSTER y RUNE SLAGSTAD, Fondo de Cultura Económica, México, 1999, pág. 252.

30 Al respecto y de acuerdo con HÄBERLE, “la democracia de los ciudadanos sugiere un pensamiento que contempla la democracia desde los derechos fundamentales, no concepciones según las cuales el pueblo, como soberano, en realidad sólo ha ocupado el lugar del monarca” P. HÄBERLE, *I Diritti Fondamentali nelle società pluraliste e la Costituzione del pluralismo*, ob. cit., págs. 102-103.

derecho de voto. Los creadores de la Constitución actuaron concientemente a favor de éstos para darle significación al consentimiento ulterior. No obstante, los “límites” constitucionales que impusieron siguen siendo obligatorios mientras los ciudadanos sigan imponiéndoselos a sí mismos³¹.

Son entonces los límites constitucionales y entre ellos los límites a la reforma constitucional los que garantizan el mantenimiento de un orden democrático, en la medida en que establecen los mecanismos y procedimientos para que en un determinado momento sean las mayorías de cada época quienes decidan sus compromisos institucionales y por ende sus propios límites de actuación en el marco del ordenamiento jurídico que los gobierna.

Es por lo anterior que trasladar al plano constitucional la exigencia de que las minorías de hoy puedan ser las mayorías del mañana significa tener que introducir en la Constitución democrática un procedimiento que permita su modificación, para que el cambio sea posible por una vía jurídica, y no sólo revolucionaria. Pero el principio democrático no se acaba con la determinación de un procedimiento de reforma constitucional, sino con el deber de encontrar en él elementos que aseguren una participación, directa o a través de representantes, de todos los ciudadanos, con independencia del respaldo numérico con que cuenten sus opiniones³², ya que si se quiere proteger a las minorías y salvaguardar la voluntad constituyente del pueblo, no admite dudas que el procedimiento de reforma deberá tener siempre la rigidez suficiente para evitar que la Constitución quede sometida al aventurerismo de un partido político con un éxito electoral coyuntural. Proceder de otra manera equivaldría a colocar a la Constitución al servicio de las mayorías parlamentarias, que podrían disponer libremente del texto constitucional³³.

En conclusión, por exigencia de los principios de igualdad y de libertad, el Estado democrático ha de ser un Estado inclusive de las minorías. Primero, permitiendo a través del sufragio universal a través de que un número cuantitativamente importante de ciudadanos pueda participar en el proceso de adopción de decisiones; segundo, involucrando a todos los participantes, con independencia de la opción que defiendan y de su relevancia numérica, en las distintas fases del procedimiento, esto es, en la

31 COLMES, STEPHEN, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en: *Constitutionalismo y democracia*, coordinadores JON ELSTER y RUNE SLAGSTAD, Fondo de Cultura Económica, México, 1999, pág. 256.

32 REQUEJO, PALOMA, *Democracia parlamentaria y principio minoritario. La protección constitucional de las minorías parlamentarias*, Ariel Derecho, Barcelona, 2000, pág. 49.

33 DE VEGA GARCÍA PEDRO, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985, pág. 89.

iniciativa y en la deliberación, y no sólo en el momento único de la votación; tercero, introduciendo una regla mayoritaria como criterio de adopción de decisiones que asegure de modo neutral que el mayor número, sin reparar en quiénes puedan ser en cada momento, será el encargado de decidir³⁴ y que adicionalmente esas decisiones respeten los derechos y garantías establecidos en el texto constitucional de forma tal que toda actuación cumpla con los requisitos de legalidad formal y material y por ende goce de legitimidad democrática.

Vemos entonces, cómo el papel de las minorías a lo largo de la evolución del concepto de democracia ha tenido diferentes valoraciones, manteniendo en todas ellas una evidente relación con el concepto de la regla de la mayoría aunque no limitándose a éste en la medida en que el sistema democrático exige algo más que el respeto a una entidad numérica y hace necesaria la consagración de una serie de medidas e instituciones que garanticen los derechos de las minorías en cada época histórica.

Es así, como es posible afirmar que hablar hoy de democracia es hablar de una organización del sistema jurídico, estableciendo vías procesales a través de las cuales puedan acceder al sistema el mayor número de diferentes expectativas surgidas en el medio social y tengan, así, la posibilidad de convertirse en respuestas normativas, en “voluntad general”. Ello implica normas orgánico-procedimentales y sustantivas que hagan fiable esa adaptación del sistema a las demandas del medio social. Obviamente, el núcleo de esas normas lo compone la Constitución y, dentro de ésta, las cláusulas de reforma constitucional. En consecuencia, el ideal democrático se plasma en una ausencia de límites materiales a la reforma, de manera que cualquier demanda social sea susceptible de tramitación y respuesta jurídicas (positividad democrática a través de los principios de libertad e igualdad) y en un procedimiento de revisión constitucional concebido como cauce de esas expectativas y no como un límite a las mismas³⁵.

1.3. Las minorías³⁶ y la jurisdicción constitucional

Desde aquellas primeras formulaciones liberales, la primacía de la ley ha experimentado una profunda evolución, motivada no sólo por su más compleja

34 REQUEJO, PALOMA, *Democracia parlamentaria y principio minoritario. La protección constitucional de las minorías parlamentarias*, Ariel Derecho, Barcelona, 2000, pág. 30.

35 BASTIDA FREJEDO, F., *La soberanía borrosa: la democracia, fundamentos*, n° 1, 1998, pág. 9.

36 Se entenderá por minorías aquellas fuerzas políticas que gracias al apoyo de los electores desarrollan su actividad en el ámbito parlamentario en una posición de inferioridad numérica y que no están constituidas

formulación técnica, sino sobre todo porque la ley ha cedido su papel de norma suprema a otra norma dotada de mayor fuerza jurídica: la Constitución. No es una coincidencia histórica, entonces, que los intentos por implantar la idea normativa de Constitución y el control de constitucionalidad coincidan en Europa con los primeros ensayos de construcción del Estado social y democrático de derecho. La configuración popular de la soberanía, característica de dicha forma de Estado, trajo como consecuencia la implantación de una Constitución concebida como pacto fundacional elaborado por la comunidad, norma que es superior a los poderes establecidos por decisión del propio pueblo. Además, únicamente a partir de esta distinción era posible configurar al Tribunal Constitucional como auténtico guardián del pluralismo, también en relación con el parlamento³⁷.

En consecuencia, el examen de constitucionalidad de las leyes a pesar de que cuenta con antecedentes históricos, cobra su sentido completo tan sólo en el Estado de derecho. En efecto, este último, en su afán por realizar la seguridad jurídica y eliminar todo vestigio de arbitrariedad en el funcionamiento del Estado, defiende su sometimiento al derecho, la afirmación de los derechos de la persona y la predisposición de un sistema organizativo de las funciones estatales que elimine la posibilidad de un ejercicio ilimitado del poder. No se trata, en definitiva, de otra cosa que de la racionalización jurídica de la vida política de la que el Estado de derecho es la máxima expresión³⁸.

Por lo tanto, una de las características que definen en sus orígenes al “modelo europeo” de control de constitucionalidad es la restricción de los sujetos legitimados para iniciar el proceso. Este rasgo, no es sólo “expresión de la voluntad racionalizadora y, por tanto, limitadora del control” sino una consecuencia del momento histórico en que se origina el control constitucional³⁹.

jurídicamente, quedan entonces por fuera del análisis las minorías que teniendo un carácter igualmente político, no participan en los procesos electorales o que habiendo participado no han obtenido representación alguna en las cámaras, esto es, lo que se conoce en sentido amplio como minorías extraparlamentarias. Definición dada por PALOMA REQUEJO en: *Democracia parlamentaria y principio minoritario. La protección constitucional de las minorías parlamentarias*, Ariel Derecho, Barcelona, 2000, pág. 33.

37 BIGLINO CAMPOS PALOMA, “Algunas reflexiones sobre el principio democrático como fundamento y límite del parlamento”, en: *Estudio de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, t. II, 2001, págs. 741 a 747.

38 MURILLO DE LA CUEVA, LUCAS, “El examen de la constitucionalidad de las leyes y la soberanía parlamentaria”, en: *Revista de Estudios Políticos*, n° 7, número monográfico sobre garantías constitucionales, enero – febrero 1979, CEPC, Madrid.

39 CRUZ VILLALÓN, PEDRO, *La formación del sistema europeo de justicia constitucional*, CEC, Madrid, 1987, pág. 415.

Es así como encontramos que ninguno de los tribunales constitucionales pioneros en Europa, constituidos en el período de entreguerras, reconocieron legitimación a una fracción minoritaria del órgano parlamentario para promover el enjuiciamiento de la ley y la explicación más juiciosa de esta exclusión alude a que el punto de referencia político en Europa en ese momento histórico continuaba siendo la garantía del ordenamiento federal y la forma de gobierno estaba anclada en el modelo originario de nítida separación que enfrentaba a los poderes como instituciones homogéneas, al menos en las formas constitucionales, aunque la realidad constitucional se guiaba hacia la dialéctica mayoría–minoría. En este contexto, ni en Checoslovaquia, ni en Austria, ni en España se asigna un papel específico a la minoría política ante el Tribunal Constitucional⁴⁰.

Pese a lo anterior es posible ver cómo desde los primeros escritos acerca del origen de los tribunales constitucionales la vinculación de los órganos estatales a la protección de las minorías y, con ello la importancia de atribuir legitimación a la minoría parlamentaria:

“la justicia constitucional debe ser apreciada también desde este punto de vista. Asegurando el control de la tramitación de la ley y, en particular, de su constitucionalidad material contamos con un medio de protección eficaz de la minoría contra las imposiciones de la mayoría”⁴¹.

Sin embargo, como es sabido, KELSEN asume una concepción procedimental, no sustantiva, de democracia que, trasladada a la jurisdicción constitucional, provoca algunas limitaciones teóricas, suplidas desde la política. Para KELSEN entonces, la democracia es configurada como un método que tanto ideológica como prácticamente sirve para la creación de un orden social y no incide en el contenido de este mismo orden, que es cosa completamente distinta⁴². Pero a su vez, partiendo de la crítica a la ficción rousseuniana de que la mayoría representaba también a la minoría y la voluntad de la mayoría constituye la voluntad general, resalta la necesidad de conciliar el principio de la mayoría con los derechos de las minorías mediante el compromiso entre los grupos representados en el parlamento por la mayoría, en el denominado principio de la mayoría y la minoría⁴³. Como consecuencia de esa delimitación del principio mayoritario, reconocerá entonces la legitimación de las minorías ante el

40 MONTILLA MARTOS JOSÉ A., *Minoría política y Tribunal Constitucional*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, pág. 83.

41 KELSEN HANS, *La garantie jurisdictionnelle de la constitution: Revue de Droit Public et de la Science Politique* XVI 1928, pag. 252-253.

42 KELSEN, HANS, *Esencia y valor de la democracia*, Editorial Comares, Madrid, 2002, pág. 127.

43 MONTILLA MARTOS, JOSÉ A., *Minoría política y Tribunal Constitucional*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, pág. 85

Tribunal Constitucional para evitar las consecuencias últimas de la imposición de la mayoría.

Sólo tras la experiencia histórica del fascismo y la Segunda Guerra Mundial, la idea de separación de poderes⁴⁴ es condicionada por la noción de control como restricción normativizada al ejercicio del poder, en aras a la protección de las minorías, provocando el surgimiento de una concepción nueva de democracia. Así pues, en el moderno Estado constitucional de partidos la separación de poderes —un presupuesto dogmático teóricamente irrenunciado— no se sustancia ya en el abstracto diseño de ciertos contrapesos orgánicos, sino en la atribución de las funciones de gobierno a la opción mayoritaria y en la paralela asunción de las funciones de control y oposición democrática (es decir, de “alternativa”) a los agentes políticos de la opción minoritaria. Si la democracia no es imperio de la mayoría, sino la garantía de la decisión racional dialécticamente extraída de la contraposición mayoritaria/minoría y de la supremacía decisional de aquélla en el respeto, preservación y aseguramiento de ésta, la democracia es hoy por hoy el Estado de derecho de oposición garantizada⁴⁵.

Ello incide en la legitimación subjetiva en el proceso de control de la ley, autónomo del conflicto de competencias y de atribuciones entre órganos y/o poderes del Estado, así como en la aparición de procesos constitucionales con la función específica de la protección de los derechos fundamentales. En estas circunstancias, resulta casi inevitable atribuir, de una u otra forma, participación a la minoría política en el proceso de control de constitucionalidad de la ley y es por esta razón que posteriormente en los distintos ordenamientos se recogen, de forma más o menos institucionalizada, derechos de las minorías, concretados en medios que permiten la incorporación de la voluntad de la minoría en el proceso político mediante su intervención directa o su capacidad de control. En otro plano, con una mayor concreción jurídica, los institutos de reserva de ley, las mayorías reforzadas o la exigencia de determinados *quora* procedimentales favorecen la participación de la minoría política en el proceso de producción normativa⁴⁶.

44 El principio de separación de poderes en España, ha estado condicionado en la práctica a la conformación política de las cámaras y del gobierno de turno, así puede decirse entonces que han existido gobiernos de un partido en minoría hasta 1982 y gobiernos de un partido mayoritario. Una descripción más detallada acerca del principio de separación de poderes en: ÁLVAREZ ÁLVAREZ, JOSÉ LUIS, “Gobierno, partido y separación de poderes”, en: *La Constitución española. Lecturas para después de una década*, Universidad Complutense de Madrid, 1989, pág. 36.

45 LÓPEZ AGUILAR, JUAN FERNANDO, “Tutela de la minoría y constitucionalidad de los actos parlamentarios”, en: *Homenaje a Joaquín Tomás Villarroya*, t. II, Fundación Valenciana de Estudios Avanzados, 2000, pág. 644.

46 MONTILLA MARTOS JOSÉ A., *Minoría política y Tribunal Constitucional*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, págs. 83-91.

Por lo demás, es sabido que la desconfianza frente a un posible legislador totalitario —aun cuando en principio investido de legitimación representativa/electiva— se halla detrás del surgimiento del mecanismo garancial más acabado hasta la fecha en dicha forma de Estado: el de la jurisdicción constitucional como medio de asegurar la sujeción de toda norma al derecho. Garantizar la oposición ha sido y es, por lo tanto, un eje arquitectural en la edificación de todo Estado constitucional de derecho, así entonces en el Estado español, la configuración del derecho parlamentario ha tenido como apoyatura de la “tutela de la minoría” dos aspectos:

- a) la afirmación de un control constitucional de actos parlamentarios tradicionalmente adscribibles al ámbito de autonormación predicado del principio de autonomía de las cámaras, en sus distintas dimensiones política y administrativa: el gozne operativo de éste operará naturalmente a través de los diversos cauces de impugnación constitucional contempladas en la Constitución española y en la ley orgánica del Tribunal Constitucional, y muy destacadamente por vía del recurso de amparo para la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 42 y 43.1 CE);
- b) afirmación de un paralelo margen de actuación para la revisión judicial —por jueces y tribunales— de actos y disposiciones de los órganos de gobierno y régimen interior de las cámaras parlamentarias en materia de personal y actos de administración (arts. 58.1 y 74.1.c, LO 6/85, de 1º de julio, del poder judicial)⁴⁷.

Así entonces, reconocer las ventajas que supone la existencia de un control jurídico sobre el cumplimiento, por parte de las cámaras, de las reglas esenciales que integran el principio democrático no debe, sin embargo, hacernos olvidar que el enjuiciamiento del Tribunal también está sujeto a límites. En efecto, para poder ejercitar adecuadamente sus funciones, las cámaras deben tener garantizado un amplio ámbito de autonomía. Esta independencia es necesaria para cualquier órgano constitucional, como consecuencia obligada del principio de división de poderes. Pero es imprescindible sobre todo para el parlamento, dada la naturaleza representativa de las cámaras y el tipo de función que desempeña. No se trata, evidentemente, de volver a la vieja teoría de los actos internos del parlamento, que predominó durante el siglo XIX y que continúa vigente sólo en aquellos ordenamientos que, como Gran Bretaña, desconocen el concepto normativo de Constitución. La

47 LÓPEZ AGUILAR, JUAN FERNANDO, “Tutela de la minoría y constitucionalidad de los actos parlamentarios”, en: *Homenaje a Joaquín Tomás Villarroya*, t. II, Fundación Valenciana de Estudios Avanzados, 2000, págs. 642 a 646.

idea de los *interna corporis* estaba sustentada en la soberanía del parlamento, por lo que las actuaciones de las cámaras que no afectasen a la esfera jurídica de los ciudadanos carecían de naturaleza jurídica y no estaban sujetas al control jurisdiccional. Dichos presupuestos, en la actualidad, son incompatibles con la supremacía de la Constitución y con las competencias atribuidas al Tribunal Constitucional⁴⁸.

No obstante, es necesario tener en cuenta que frente a los riesgos que entraña una excesiva juridificación de la vida política es preciso reconocer, como ha hecho la propia jurisprudencia constitucional (STC 196/1990, ATC 426/1990) que determinadas actuaciones de los poderes públicos están parcialmente exentas de control jurídico, por lo que se encuentran sometidas únicamente a los mecanismos de control político o al control social que corresponde al electorado; pues en definitiva, si bien es cierto que el principio democrático impone la necesidad de representar la voluntad del órgano que expresa la soberanía popular y que es precisamente dicho principio quien justifica la existencia de controles acerca de la manera en que se ha formado dicha voluntad, no debe desconocerse que el mismo principio también obliga a establecer las fronteras que corresponden al enjuiciamiento constitucional.

Así pues, es posible identificar cómo la justicia constitucional ha evolucionado en paralelo y por influencia de la concepción de democracia, superando la tendencia de una comprensión formal, referida al órgano o a la función que ejercen los tribunales constitucionales, o material, que se remite al control judicial de la constitucionalidad de las leyes⁴⁹. Pudiendo concluirse, por consiguiente, que mereced a la intervención de la justicia constitucional como elemento de equilibrio entre las distintas fuerzas divergentes que concurren en la sociedad se materializa la integración política en torno a los valores establecidos por el constituyente y, específicamente, a la protección de las minorías, concreción del pluralismo⁵⁰.

Como consecuencia de todo lo anteriormente expuesto, es evidente que el ámbito de actuación del principio de protección de la minoría se amplía del proceso de producción de las normas, al ámbito de aplicación normativa de las garantías constitucionales, en la medida en que los tribunales constitucionales se convierten

48 BIGLINO CAMPOS, PALOMA, “Algunas reflexiones sobre el principio democrático como fundamento y límite del parlamento”, en: *Estudio de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, t. II, 2001, pág. 749.

49 RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa”, en F. RUBIO LLORENTE y J. JIMÉNEZ CAMPO, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pág. 155.

50 MONTILLA MARTOS, JOSÉ A., *Minoría política y Tribunal Constitucional*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, pág. 96.

en un agente de control externo a la actividad de la mayoría realizada en sede parlamentaria, gozando la garantía jurisdiccional de una mayor efectividad en la medida en que sus fallos tienen unos efectos jurídicos directos y adicionalmente porque le permite a la minoría parlamentaria una actuación independiente del debate, ya que la decisión final es adoptada por un órgano externo ajeno a los conflictos políticos que rodearon la contienda política del asunto en cuestión.

No obstante, sigue siendo objeto de debate, en los distintos sistemas jurídicos, determinar cuáles son los procedimientos y las normas que puede utilizar el Tribunal Constitucional para controlar que las cámaras respeten las reglas esenciales que el principio democrático impone al parlamento. El Tribunal Constitucional español puede enjuiciar el funcionamiento de las cámaras mediante el control de constitucionalidad, porque nada obsta declarar inconstitucional una ley por vicios de forma. Adicionalmente dicho Tribunal ha admitido, al menos en términos generales, que la inobservancia del reglamento parlamentario podría viciar de inconstitucionalidad la ley en caso de que dicha infracción alterase de manera sustancial el proceso de formación de voluntad del parlamento (STC 99/1987). Con esta reflexión, el Tribunal ha ido bastante más lejos de lo que han hecho el Tribunal Constitucional italiano, alemán o el Consejo Constitucional francés que han excluido reiteradamente la posibilidad de utilizar el reglamento como norma “parámetro”.

Pero más decidido ha sido, todavía, el control que el Tribunal ha llevado a cabo sobre las cámaras a través del recurso de amparo interpuesto en el supuesto contemplado en el art. 42 de la LOTC. Esta vía es, en esencia, una forma de salvaguardar los derechos fundamentales de los parlamentarios, quienes presentan los recursos argumentando una violación del art. 23.2 CE. De esta manera, a través de esta forma específica de amparo, el Tribunal no sólo controla que los órganos de las cámaras respeten los derechos fundamentales de los parlamentarios sino que, indirectamente, tiene la posibilidad de verificar que el parlamento cumpla las reglas esenciales del principio democrático⁵¹.

Así pues, actualmente con la existencia de medios y garantías de rango constitucional y legal de orden jurisdiccional, la actividad de las minorías en contra de las decisiones adoptadas por la mayoría es cada día mayor, de ahí que no se hayan demorado en aparecer las críticas doctrinales frente a tal comportamiento, calificando dichas conductas como temerarias y obstruccionistas del proceso legislativo y democrático. Esta polémica ha dado lugar a la creación de teorías de

51 BIGLINO CAMPOS, PALOMA, “Algunas reflexiones sobre el principio democrático como fundamento y límite del parlamento”, en: *Estudio de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, t. II, 2001, pág. 748.

justificación funcionales e instrumentales de los recursos existentes en manos de la minoría parlamentaria.

Se afirma entonces que desde el plano funcional e instrumental la minoría no acude indiscriminadamente al Tribunal Constitucional para plantear los recursos de inconstitucionalidad, ya que la derrota en sede jurisdiccional le causa una pérdida de credibilidad ante la opinión pública y por ende ante sus electores, más aun cuando sus argumentos han sido valorados por parte del Tribunal Constitucional como infundados o temerarios.

De esta forma se plantea que la minoría sólo hará uso del recurso de inconstitucionalidad cuando lo considere estrictamente necesario ya que es evidente la vulneración de los derechos de la minoría, pues queda claro que la actividad de la mayoría, está autolimitada por el mero riesgo de que sus decisiones sean controladas y censuradas por un órgano externo, con lo cual la legitimación de las minorías ante el Tribunal Constitucional ejerce una influencia preventiva sobre el procedimiento de formación de la ley y el propio contenido de ésta; en general, sobre la constitucionalidad de la actuación política⁵². Este planteamiento era ya formulado desde la época de KELSEN, cuya propuesta de legitimación de la minoría parlamentaria se encuadró en una justificación funcional:

“la simple amenaza del recurso al Tribunal Constitucional puede ser en manos de la minoría un instrumento apropiado para impedir a la mayoría violar inconstitucionalmente sus intereses jurídicos protegidos y para oponerse, en último análisis, a la dictadura de la mayoría, que no es menos peligrosa para la paz social, que la de la minoría”⁵³.

Así pues, la amenaza de que la lucha política proseguirá con medios jurídicos tiene un efecto condicionante y preventivo sobre la actuación de la mayoría ante la posibilidad de una sanción por parte del órgano jurisdiccional en una graduación que abarca, al menos tres niveles:

- a) el efecto positivo de la ponderación y meditación del texto de la ley durante las distintas fases del procedimiento legislativo, cotejándolo con los pronunciamientos del Tribunal Constitucional hasta tener la seguridad de su conformidad constitucional;

52 MONTILLA MARTOS, JOSÉ A., *Minoría política y Tribunal Constitucional*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, pág. 106.

53 KELSEN HANS, “*La garantie jurisdictionelle de la constitution*”, *Revue de Droit Public et de la Science Politique* XVI (1928), pág. 253.

- b) la formación de un compromiso, de manera que la mayoría de gobierno cede y considera las enmiendas planteadas por la minoría para evitar que ésta acuda a la jurisdicción constitucional o,
- c) incluso, en la consecuencia más radical, puede provocar la paralización de la tramitación legislativa de la iniciativa de la mayoría cuando teme que su actuación sea declarada nula por el Tribunal Constitucional, con la consecuente repercusión política⁵⁴.

De todo lo anteriormente expuesto puede concluirse que el papel de las minorías dentro de la justicia constitucional ha evolucionado ampliamente desde sus orígenes hasta la actualidad, ya que hoy es posible hablar de las minorías parlamentarias como un sujeto activo y autónomo capaz de interponer recursos ante la jurisdicción constitucional en busca de la reivindicación de sus intereses y derechos protegidos constitucionalmente, no obstante es de resaltar cómo desde los orígenes de los tribunales constitucionales estaba presente el concepto de las minorías desde la perspectiva funcional de la democracia, en donde las minorías tanto en la antigüedad como en la actualidad han sido siempre un referente y un parámetro de actuación de las mayorías, ya que en una democracia constitucional no es posible hablar de derechos absolutos sino que los derechos de la mayoría siempre han de estar limitados por los derechos de las minorías, siendo el individuo la minoría primigenia de todo Estado democrático.

1.4. El Tribunal Constitucional. Sus decisiones contra mayoritarias y el principio democrático

La jurisdicción constitucional juega un papel principal en la realización del ideal de equilibrio constante entre los grupos mayoritarios y minoritarios, pues al controlar la constitucionalidad de las normas, protege eficazmente a las minorías frente al avasallamiento del dominio de la mayoría parlamentaria. Sin embargo, el hecho de que el Tribunal Constitucional pueda expulsar las leyes aprobadas en las cámaras mediante la adopción de una decisión contra mayoritaria nos lleva a analizar la función que desarrolla la jurisdicción constitucional desde su conformidad con el principio democrático⁵⁵, pues si bien el Tribunal Constitucional es el garante de la

54 MEZZETTI, LUCA, *Giustizia Costituzionale e Opposizione Parlamentare. Modelli europei a confronto*, Maggioli, Forlì, 1993, págs. 198 y 319.

55 KELSEN H., *Wesen und entwicklung der staatsgerichtsbarkeit, verfahrensgerichtsbarkeit, wissenschaftliche buchgesellschaft*, Darmstadt, 1976, pág. 1836 y sigs.

Constitución en pro de dicha facultad no le es dado transgredir el principio democrático que también debe estar presente en sus actuaciones, así pues es preciso en este momento adentrarnos en el estudio de la actividad de los tribunales constitucionales en relación con el órgano legislativo y el principio democrático.

Por una parte, la sujeción del legislador a las sentencias del Tribunal Constitucional se manifiesta tanto en el carácter de decisión última e inapelable de las mismas respecto de la interpretación de la Constitución y la ley, como en la capacidad del Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad de la ley y delimitar las atribuciones del legislador mediante la resolución de los conflictos entre órganos constitucionales. El sometimiento del legislador a las sentencias del Tribunal Constitucional es, sin embargo, un sometimiento sólo funcional, aunque al mismo tiempo, el legislador se encuentra sometido en forma incontrovertible a la Constitución, y por consiguiente, no se configura como órgano soberano, esto es, se halla sujeto a la norma fundamental y a su interpretación por el Tribunal Constitucional⁵⁶.

Nos enfrentamos entonces a uno de los problemas capitales que se plantean en el Estado constitucional contemporáneo: la relación entre la justicia constitucional y la representación popular. Pues, en efecto, la progresiva ampliación del control judicial del poder político entraña el peligro de la suplantación del poder constituyente por el Tribunal Constitucional, o en otros términos la sustitución del gobierno de los representantes del pueblo por el gobierno de los jueces⁵⁷.

Sin embargo, los tribunales constitucionales no gozan de facultades ilimitadas de control con relación al resto de los órganos constituidos dentro del Estado, y en el caso de su relación específica con el órgano legislativo además del respeto por el principio democrático y los márgenes de actuación constitucional,

56 PIBERNAT DOMÉNECH, XAVIER, “La sentencia constitucional como fuente del derecho”, en: *Revista de Derecho Político*, n° 24, 1987, 75. En el mismo sentido se pronuncia LÓPEZ AGUILAR, JUAN FERNANDO, “Legitimación y deslegitimación del parlamento en las contemporáneas democracias pluralistas: teoría, mito y realidad”, en: *Estudios de derecho constitucional. Homenaje al profesor Dr. D. Joaquín García Morillo*, coord. LUIS LÓPEZ GUERRA, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 315. “no se trata, por lo tanto, de ensoñar, sin sostén empírico alguno, un parlamento mítico y soberano, sino de dimensionarlo correctamente en el seno del sistema constitucional, sujeto —como la totalidad de los órganos y los poderes del Estado— a la supremacía de la constitución. Subordinado en sus normas institutivas y de procedimiento (y, consiguientemente, también en su producción normativa) a la constitución y, consiguientemente, a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional.

57 APARICIO PÉREZ, MIGUEL A., “Algunas consideraciones sobre la justicia constitucional y el poder judicial”, en *RJC*, 1983, n° 4, págs. 164–165.

“el enjuiciamiento que el Tribunal Constitucional puede ejercer para verificar que el parlamento no infrinja las reglas esenciales del principio que articulan la vida interna de las cámaras, está a su vez limitado por la necesidad de que dicho control respete escrupulosamente la voluntad de las cámaras, siempre que ésta se haya formado válidamente”⁵⁸.

A toda esta polémica subyace el problema del carácter político y/o judicial de los tribunales constitucionales, así pues, encontramos en la dogmática constitucionalista, que el profesor MARTÍNEZ SOSPEDRA⁵⁹ enumera hasta seis razones que argumentan los jurisdiccionalistas a favor de la calificación de judicial de la actividad de los tribunales constitucionales, a saber: la sujeción de su función a un método jurídico de interpretación; el carácter reglado de la acción del Tribunal Constitucional en cuanto que actividad de conocimiento jurídico y no de oportunidad política; su actuación sólo opera a instancia de parte; la vinculación de su actividad a un proceso jurisdiccional especial; los principios de neutralidad e independencia a que está sujeta su actividad jurisdiccional; y su posición de tercero superpartes.

Frente a esta postura, aquellos autores que defienden el carácter político de la jurisdicción constitucional aducen, de una parte, que el objeto de interpretación son unas normas —las constitucionales— que se caracterizan por su especial contenido político; y, de otra, la innegable trascendencia política de sus sentencias que, en tanto que controlan a los demás órganos constitucionales del Estado, dirimen sus conflictos y garantizan sus derechos y las libertades constitucionales de los ciudadanos⁶⁰.

58 BIGLINO CAMPOS, PALOMA, “Algunas reflexiones sobre el principio democrático como fundamento y límite del parlamento”, en: *Estudio de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, t. II, 2001, pág. 736.

59 MARTÍNEZ SOSPEDRA, MANUEL, “El Tribunal Constitucional como órgano político”, en *Dirección general de lo contencioso del Estado: el Tribunal Constitucional*, vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, págs. 1794–1795.

60 LOSANO M.G., *Los grandes sistemas jurídicos*, Ed. Debate, Madrid, 1982, pág. 94. En el mismo sentido SCHNEIDER HANS-PETER, “Jurisdicción constitucional y separación de poderes”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, n° 5, mayo – agosto 1982, pág. 38 y sigs. “la jurisdicción constitucional es de por sí una justicia política en el sentido de que tiene que enfrentarse con un objeto político (la Constitución y el propio derecho constitucional) y que sus miembros son designados por instancias políticas y sus sentencias tienen efectos políticos más o menos amplios” y RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, *La forma del poder (estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 577. “los tribunales constitucionales son a la vez, órganos jurisdiccionales y políticos, aunque el componente político venga dado sólo, según se afirma con insistencia, por ser políticos los órganos cuya actuación controlan, y revestir eventualmente trascendencia política sus propias decisiones”.

En esta misma línea la doctrina italiana⁶¹ plantea que los tribunales constitucionales se han apartado del modelo jurisdiccional garante y guardián de presuntos valores constitucionales estables y relativamente permanentes para convertirse en mediador y moderador de conflictos sociales y, principalmente de aquellos que no encuentren solución en las sedes institucionales de la formación de la voluntad política, transformando así la función de control constitucional en la de legislador positivo paralelo y complementario del parlamento⁶².

Y ciertamente que en el cumplimiento de estas funciones, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional crea derecho constitucional, tanto en cuanto que intérprete de la norma constitucional, como en cuanto legislador negativo que depura las normas legales contrarias a la Constitución, y es por esta razón que todas las sentencias del Tribunal Constitucional son creativas y por tanto interpretativas⁶³.

Así pues, e independientemente de esta discusión doctrinal acerca del valor de la jurisprudencia constitucional, nos encontramos en la actualidad con un fenómeno altamente contradictorio: se reivindica la justicia material, pero se adopta como paradigma el rigor técnico de un derecho entendido como procedimiento de última apelación para la resolución de los problemas sociales y políticos; las demandas de tal clase, incluso de manera explícita o implícita las de índole moral, se dirigen cada vez más directa y masivamente a la justicia, pero se repudia el activismo judicial; la administración de justicia se percibe negativamente y con grandes carencias por el conjunto de la población, pero al mismo tiempo se depositan en ella todas las esperanzas como última garantía del Estado democrático ante una crisis política de fondo; se cuestiona la legitimidad democrática del juez, pero éste aparece en el imaginario colectivo, en el marco de una imperfecta democracia cada vez más deficitaria en su legitimidad de ejercicio, como la ulterior instancia definidora del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto; los jueces y tribunales son, junto con los medios de comunicación, los referentes casi exclusivos para el control de la vida

61 Se desarrollan ampliamente estas ideas en las obras de MODUGNO F., *“La Corte Costituzionale oggi y Bognetti G., “la Corte Costituzionale italiana e la sua partecipazione alla funzione de indirizzo politico dello stato nel presente momento storico”, en la Revista Jus, 1967, pág. 121 y ss.*

62 En el mismo sentido CESÁREO RODRÍGUEZ AGUILERA, examinando el poder judicial, decía que ante el creciente aumento de las facultades y competencias del poder ejecutivo, “sólo cabe como garantía del ciudadano la potenciación del poder judicial y de su independencia, así como un control de administración más eficiente, para evitar el peligro de que la división de poderes ceda ante el crecimiento de una muralla burocrática que separe al ciudadano de la gestión pública e imponga sacrificios a su libertad”. Citado en: ÁLVAREZ ÁLVAREZ, JOSÉ LUIS, “Gobierno, partido y separación de poderes”, en: *La Constitución española. Lecturas para después de una década*, Universidad Complutense de Madrid, 1989, pág. 19.

63 LAFUENTE BALLE, JOSÉ M., *La judicialización de la interpretación constitucional*, Editorial Colex, Madrid, 2000, pág. 79.

pública y de los actos del poder, pero a su vez no queda más remedio que plantearse recurrente y circularmente la cuestión de quién controla a estos controladores⁶⁴.

No obstante todo lo anterior, es preciso recordar que tanto al legislador como al Tribunal Constitucional, les corresponde, mediante la ley en un caso y la sentencia en el otro, desarrollar y concretar la Constitución⁶⁵. En virtud de estas funciones es que se han planteado unas medidas tendientes a controlar la acción de los tribunales constitucionales y evitar su intromisión en las funciones propias del poder legislativo fijando una serie de límites a la actividad del Tribunal Constitucional, entre ellos:

- a) el ámbito de competencias definido por la misma Constitución, de lo que resulta su obligación de resolver los asuntos que se le plantean;
- b) la función que se le atribuye, pues aunque la función de interpretar las normas y declarar la nulidad de éstas con fuerza de ley, es una creación del derecho, ello no supone la potestad de crear disposiciones jurídicas. Y aquí, es donde la función creadora del Tribunal Constitucional limita con el poder constituyente y el legislador. Su competencia alcanza a la interpretación y expulsión de normas, pero no puede significar en ningún caso la emanación de disposiciones con fuerza de ley, reservada exclusivamente al legislador, y no puede en definitiva actuar como legislador positivo⁶⁶.

Otras de las autolimitaciones que se han impuesto los tribunales constitucionales para evitar la invasión de las competencias de la actuación del legislador y como principio de su propia necesidad de legitimarse en forma permanente y continuada a través de sus propias actuaciones, frente a un legislador que dispone de la legitimidad democrática, encontramos los siguientes principios de actuación: el principio de conservación de la norma, de interpretación conforme a la Constitución, y del respeto al pluralismo político, entre otros.

Sin embargo, y a pesar de los intentos de delimitación de la actuación de los tribunales constitucionales éstos no han quedado exentos de las críticas frente a su

64 CÁMARA VILLAR, GREGORIO, “Justicia y política en la España democrática (una reflexión a propósito de los llamados “jueces estrella” y la judicialización de la política)”, en: *Estudios de derecho constitucional. Homenaje al profesor Dr. D. Joaquín García Morillo*, coord. LUIS LÓPEZ GUERRA, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 394.

65 ALONSO GARCÍA, ENRIQUE, *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, págs. 23 –24.

66 PIBERNAT DOMÉNECH, XAVIER, “La sentencia constitucional como fuente del derecho”, en: *Revista de Derecho Político*, n° 24, 1987, pág. 76.

carácter antidemocrático, puesto que su legitimación viene dada por la labor que desempeñan como garantes y guardianes de la supremacía constitucional mas no por un componente democrático y es por esto se que ha convertido en insuficiente la apelación genérica a una legitimación democrática del constitucional en atención a la norma que lo crea y se ha aconsejado por parte de la doctrina que se introduzca en su composición y funcionamiento un plus democrático adicional más acorde con la tarea que está llamado a cumplir.

En el caso español se ha tratado de fortalecer el principio democrático con los criterios que dicho ordenamiento jurídico ha establecido para la selección de los miembros del Tribunal Constitucional, como por ejemplo el hecho de que se encomiende a un órgano representativo la propuesta de los magistrados del Tribunal Constitucional, lo cual no obliga a que en él haya de quedar patente la composición política del órgano que los designa, puesto que constitucionalmente al Tribunal se le confieren funciones ajenas a la representación, cuyo correcto desempeño exige que se desarrollen con independencia y fuera de cualquier vinculación política, pues en definitiva, lo que se trata es configurar la composición del Tribunal Constitucional de un modo democrático, sin que por ello haya de ser representativo. La protección de las minorías se consigue con el logro del consenso de las distintas fuerzas políticas en torno a unos candidatos propuestos por su valía para el desempeño del cargo y no por una afinidad ideológica irrelevante, cuando se trata de cumplir tareas jurisdiccionales⁶⁷.

De igual forma, el desarrollo del principio democrático también debe estar presente en el funcionamiento del Tribunal Constitucional, de ahí que los magistrados cuando vayan a adoptar una decisión que deja fuera lo querido por la mayoría parlamentaria, deba escuchar al legislativo, como principal afectado, y deba seguir un procedimiento coincidente en sus rasgos esenciales con aquel que ahora pretende dejar sin efecto. En virtud de esto los fallos del Tribunal deben ser adoptados por mayoría, mediante un procedimiento deliberativo en el que todos los magistrados participen exponiendo sus argumentos jurídicos en favor o en contra de la constitucionalidad de la ley, una vez que han conocido, directa o indirectamente, los de aquellos que han intervenido en el procedimiento que ha dado lugar a la norma cuya constitucionalidad se cuestiona, esto en favor de la presunción de constitucionalidad de que goza la ley como manifestación de la voluntad popular. Por ello el Tribunal sólo podrá invalidar la decisión mayoritaria del parlamento cuando le resulte imposible encontrar una interpretación de la ley que no contradiga a la Constitución; si la vulneración de la Constitución no es inequívoca, ante la duda el Tribunal resolverá *pro legislatore* y con ello favorecerá también el principio democrático y la separación de poderes.

67 REQUEJO, PALOMA, *Democracia parlamentaria y principio minoritario. La protección constitucional de las minorías parlamentarias*, Ariel Derecho, Barcelona, 2000, pág. 138.

Por otra parte, la posibilidad de identificar en las sentencias los votos particulares también es un reflejo del respeto que los tribunales constitucionales tienen por las minorías y el principio democrático desde una perspectiva pluralista, pues se deja constancia de la opinión disidente de los magistrados en minoría, siendo esta una manera de poner de relieve el igual valor que se confiere a todos los argumentos esgrimidos en la deliberación que antecede a cada fallo constitucional.

De lo anteriormente expuesto podemos concluir que la actividad del Tribunal Constitucional tiene como principal objetivo salvaguardar la Constitución y por ende los principios, derechos y valores en ella consagrados, siendo de especial relevancia la protección de las minorías, así entonces, y es precisamente a causa de sus intervenciones y decisiones contramayoritarias que ha sido cuestionada su actividad en la medida en que anula decisiones adoptadas por una mayoría parlamentaria que goza de una legitimidad democrática, argumentando que han existido vicios procesales o sustanciales que atentan contra la Constitución, sin embargo, como la argumentación que da el Tribunal Constitucional tiene un alto contenido valorativo, se ha dicho que en estos casos el Tribunal deja de cumplir una función jurisdiccional para adoptar un papel político y convertirse en colegislador. Ante esta problemática el propio Tribunal Constitucional ha creado unas autolimitaciones y parámetros que permiten juzgar con objetividad su labor, asimismo, ha implementado dentro de su funcionamiento interno una serie de mecanismos para dar cumplimiento al principio democrático a que todos los poderes públicos se encuentran sometidos.

En consecuencia, el problema del panorama jurídico actual, no está primariamente ni en los “jueces estrella” ni en el inexistente “gobierno de los jueces”, pues éstos no pueden actuar de oficio, ni bajo programa, ni perseguir desde su posición los bienes inciertos de la política, ni definir el bien general, ni la razón de Estado, ni adoptar decisiones políticas, ni argumentar políticamente. La Constitución y la ley se lo prohíben y pueden por ello ser, a su vez, controladas sus actuaciones y resoluciones, y no sólo a la luz de la opinión, sino también jurídicamente. En todo caso, sólo pueden perseguir el bien jurídico de investigar, controlar y eventualmente juzgar actos de los ciudadanos y de los poderes públicos bajo el imperio de la ley, esto es, según la certeza del derecho.

La cuestión radica en que, en una democracia avanzada, el control jurisdiccional es el punto nodal de la normatividad y, por ende, de la constitucionalidad y de la legalidad y, en definitiva, la única garantía de la justicia igual, así como la última y decisiva fase de la exigencia de responsabilidad. Si además, ésta no ha funcionado políticamente en otros niveles cuando ello no sólo es posible sino conveniente y deseable, fundamentalmente en el parlamento, y la clase política recurre masivamente a los jueces y al derecho penal, no es posible atribuir a éstos, sin equivocarse, la búsqueda de un ilegítimo protagonismo político y considerarlos la

causa fundamental productora del desequilibrio institucional existente. Son los procesos objetivos de deslegitimación hoy operantes en el Estado democrático lo que han llevado, por una parte, a la clase política a esa permanente apelación a lo jurídico y por otro, a las fuerzas políticas a crispar el debate y a residenciarlo en la última sede en las que los conflictos pueden residenciarse: en los juzgados y tribunales⁶⁸.

Así entonces, dada la complejidad jurídico política existente en todo el mundo, la crisis del parlamentarismo clásico y los postulados del Estado social de derecho, en una democracia avanzada o lo que es lo mismo en una democracia constitucional, evitar tanto el activismo judicial como la judicialización excesiva, especialmente la política,

“exige, revalorar la imparcialidad, rehabilitar la ética, recuperar la representatividad, responsabilizar a los actores de la democracia, ciudadanos, políticos, jueces y periodistas y recuperar la idea y el sentido del interés general”⁶⁹.

BIBLIOGRAFÍA

- AHUMADA RUIZ, MARÍA ÁNGELES, “Efectos procesales de la modificación legislativa de las leyes sometidas a control de constitucionalidad. La suspensión de las leyes “presuntamente” inconstitucionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 32, CEPC, año 11, 1991.
- ALONSO GARCÍA, ENRIQUE, *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, JOSÉ LUIS, “Gobierno, partido y separación de poderes”, en: *La Constitución española. Lecturas para después de una década*, Universidad Complutense de Madrid, 1989.
- APARICIO PÉREZ, MIGUEL A., “Algunas consideraciones sobre la justicia constitucional y el poder judicial”, en *RJC*, 1983, n° 4.
- ARAGÓN REYES, MANUEL, *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995.

68 CÁMARA VILLAR, GREGORIO, “Justicia y política en la España democrática (una reflexión a propósito de los llamados “jueces estrella” y la judicialización de la política)”, en: *Estudios de derecho constitucional. Homenaje al profesor Dr. D. Joaquín García Morillo*, coord. LUIS LÓPEZ GUERRA, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 411.

69 GARAPON, ANTOINE, *Juez y democracia. Una reflexión muy actual*, Flor del Viento Ediciones, Barcelona, 1997.

- ARANDA, ELVIRO, “El “puesto” de las minorías en la democracia”, *Revista de las Cortes Generales*, n° 31, 1994.
- ARISTÓTELES, *Política*, lib. III, caps. 6-8, 11; cap. 4; lib. VIII, caps. 2-3, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- BARRERE UNZUETA, MARIA ÁNGELES y otros, en *Lecciones de teoría del derecho*, Editorial Tirant lo Blanch, 1998.
- BASTIDA, FREIJEDO F., *La soberanía borrosa: la democracia, fundamentos*, n° 1, 1998.
- BIGLINO CAMPOS, PALOMA, “Algunas reflexiones sobre el principio democrático como fundamento y límite del parlamento”, en: *Estudio de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, t. II, 2001.
- BLANCO VALDÉS, ROBERTO L., “La política y el derecho: veinte años de justicia constitucional y democracia en España”, en: *Estudios de derecho constitucional, homenaje al profesor Dr. Joaquín García Morillo*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.
- CÁMARA VILLAR, GREGORIO, “Justicia y política en la España democrática (una reflexión a propósito de los llamados “jueces estrella” y la judicialización de la política)”, en: *Estudios de derecho constitucional. Homenaje al profesor Dr. D. Joaquín García Morillo*, coord. LUIS LÓPEZ GUERRA, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- CHUECA RODRÍGUEZ, RICARDO, I., *La regla y el principio de la mayoría*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- CRUZ VILLALÓN, PEDRO, *La formación del sistema europeo de justicia constitucional*, CEC, Madrid, 1987.
- DE OTTO I. y PARDO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987.
- DE VEGA, PEDRO, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Editorial Tecnos, Madrid, 1999.
- ELIZALDE, JOSÉ, “Observaciones sobre el papel del Tribunal Constitucional en la delimitación de competencias entre Estado y comunidades autónomas”, en: *Revista de Derecho Político*, n° 16, CEPC, 10982-1983.
- FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA, “La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el poder legislativo”, en: *Revista de Estudios Políticos*, n° 81, CEPC, 1993.
- GALEOTTI, SERGIO y BRUNO, ROSSI, “El Tribunal Constitucional en la nueva constitución española: medios de impugnación y legitimados para actuar”, *Revista de Estudios Políticos*, n° 7, CEPC, 1979.
- GAMBINO, S., *Sistema delle fonti e controllo della costituzionalità: il caso francese*, Giappichelli, Torino, 1988.

- GARAPON, ANTOINE, *Juez y democracia. Una reflexión muy actual*, Flor del Viento Ediciones, Barcelona, 1997.
- GÓMEZ CANOTILHO, J.J., *Direito constitucional e teoria da constituição*, Almedina, Coimbra, 1999.
- GÓMEZ, ORFANEL GERMÁN, *Las constituciones de los estados de la Unión Europea*, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, Madrid.
- HERRERA FLORES, JOAQUÍN, “La participación política en Jhon Rawls y el concepto de participación democrática”, *Revista de las Cortes Generales*, nº 5, 1985.
- JIMÉNEZ CAMPO, JAVIER, “Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley”, en E. AJA, ed., *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Editorial Ariel, Barcelona, 1998.
- JOVER PEDRO, JOAN MARCET, “Teoría y realidad en las relaciones del gobierno con el grupo parlamentario y el partido mayoritario”, en: *El gobierno en la Constitución española y en los estatutos de autonomía*, Diputacio De Barcelona, 1985.
- KELSEN, HANS, *Esencia y valor de la democracia*, Editorial Comares, Madrid, 2002.
- KELSEN, HANS, La garantie jurisdictionelle de la constitution: *Revue de Droit Public et de la Science Politique* XVI 1928.
- LAFUENTE BALLE, JOSÉ M., *La judicialización de la interpretación constitucional*, Editorial Colex, Madrid, 2000.
- LIMBACH, JUTTA, “Papel y poder del Tribunal Constitucional”, en: *Teoría y realidad constitucional*, UNED, 1999.
- LOCKE J., *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, caps. VIII, IX, XI, Alianza Editorial, Madrid, 2002.
- LÓPEZ AGUILAR, JUAN FERNANDO, “Tutela de la minoría y constitucionalidad de los actos parlamentarios”, en: *Homenaje a Joaquín Tomás Villarroya*, t. II, Fundación Valenciana de Estudios Avanzados, 2000.
- LÓPEZ AGUILAR, JUAN FERNANDO, Legitimación y deslegitimación del parlamento en las contemporáneas democracias pluralistas: teoría, mito y realidad”, en: *Estudios de derecho constitucional en homenaje al profesor Dr. D. Joaquín García Morillo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- LOSANO M.G., *Los grandes sistemas jurídicos*, Ed. Debate, Madrid, 1982.
- LUCAS VERDÚ, PABLO, “Derecho constitucional versus derecho político ¿una polémica obsoleta o una cuestión recurrente?”, en: *Teoría y realidad constitucional*, nº 3, UNED, 1999.
- LUTHER J., “La giustizia costituzionale in Germania”, en: *Esperienze di giustizia costituzionale*, J. LUTHER, R. ROMBOLI, R. CARCHI, Giappichelli, Torino, 2000.

- MARCEI I MORERA, JOSÉ, “La posición de la mayoría en las relaciones entre las cortes generales y el gobierno”, *Revista de las Cortes Generales*, n° 22, 1991.
- MARTÍNEZ SOSPEDRA, MANUEL, *El Tribunal Constitucional como órgano político, en dirección general de lo contencioso del Estado: el Tribunal Constitucional*, vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981.
- MEZZETTI, LUCA, *Giustizia Costituzionale e Opposizione Parlamentare. Modelli europei a confronto*, Maggioli, Forlì, 1993.
- MONTERO, JOSÉ RAMÓN, “Parlamento, estabilidad política y estabilidad gubernamental: una recapitulación”, *Revista de las Cortes Generales*, n° 4, 1985.
- MONTILLA MARTOS, JOSÉ ANTONIO, “La crítica a la protección de las minorías en Alemania”, revista de *Estudios Políticos*, 106, CEPC, 1999.
- MONTILLA MARTOS, JOSÉ ANTONIO, *Minoría política y Tribunal Constitucional*, Editorial Trotta, Madrid, 2002.
- MURILLO DE LA CUEVA, LUCAS, “El examen de la constitucionalidad de las leyes y la soberanía parlamentaria”, en: *Revista de Estudios Políticos* n° 7, número monográfico sobre garantías constitucionales, enero – febrero 1979, CEPC, Madrid.
- PÉREZ ROYO, JAVIER, *Las fuentes del derecho*, Editorial Tecnos, Madrid, 1985.
- PRZEWORSKI, ADAM, “La democracia como resultado contingente de conflictos”, en: *Constitucionalismo y democracia*, coordinadores JON ELSTER y RUNE SLAGSTAD, Fondo de Cultura Económica, México, 1999.
- REQUEJO, PALOMA, *Democracia parlamentaria y principio minoritario. La protección constitucional de las minorías parlamentarias*, Ariel Derecho, Barcelona, 2000.
- RESCIGNO G.U., *Democrazia e Principio Maggioritario*, Quaderni Costituzionali, n° 2, 1994.
- ROURA A., SANTIAGO, *Federalismo y justicia constitucional en la Constitución española de 1978*, Editorial Derecho biblioteca nueva, Madrid, 2003.
- RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa”, en F. RUBIO LLORENTE y J. JIMÉNEZ CAMPO, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.
- RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, *La forma del poder (estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- SÁNCHEZ NAVARRO, ÁNGEL J., “Control parlamentario y minorías”, en: *Revista de Estudios Políticos*, CEPC, 1995.
- SÁNCHEZ NAVARRO, ÁNGEL J., *Las minorías en la estructura parlamentaria*, CEPC, 1995

- SARTORI, GIOVANNI, *Elementos de teoría política*, Ciencias Sociales, Alianza Editorial, Madrid, 1999.
- SCHNEIDER, HANS-PETER, “Jurisdicción constitucional y separación de poderes”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, num. 5, mayo – agosto, 1982.
- STARCK, CHRISTIAN, “La legitimación de la justicia constitucional y el principio democrático”, en: *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, CEPC, 2003.
- STEPHEN, HOLMES, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en: *Constitucionalismo y democracia*, coordinadores JON ELSTER y RUNE SLAGSTAD, Fondo de Cultura Económica, México, 1999.
- STUART MILL, JOHN, *Considerations on Representative Government, Essays on Politics and Society*, m.m. Robson (comp.), vol. III, University of Toronto Press, 1977.
- TAJADURA TEJADA, JAVIER, *Partidos políticos y Constitución*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2004.
- ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bolonia, 1977.