

La censura política concentrada: del eforato calvinista al tribunal constitucional

Antonio Rivera García

I. INTRODUCCIÓN

1. *El antídoto de la teología política.* La censura política es un concepto típicamente republicano y una pieza fundamental en la constitución del moderno Estado de derecho. Se trata de la única fórmula eficaz para lograr que la ley o voluntad general del pueblo sea soberana. Desde el punto de vista de la *maiestas* republicana, lo importante no es quién decide en última instancia (el problema de la unidad de acción y decisión concierne a la teoría de la representación), sino que cualquier representante sea siempre responsable y no *solutus legibus*. Esto supone asimismo la escisión entre la voluntad y la praxis política, o en otras palabras, una vez expresada la voluntad suprema del pueblo se ha de conceder a los magistrados la potestad o autoridad suficiente para hacer realidad este programa constitucional. Ahora bien, el representante siempre dependerá del soberano y habrá de responder ante éste por la acción realizada. De ahí la necesidad de un sistema apto para controlar la legalidad constitucional de los gobernantes. A esta función la denominamos *censura política*¹.

La organización estatal debe ser entonces completamente extraña al mito de la *teología política* en cualquiera de sus versiones: debe rechazar aquella teoría que pretende hacer irresponsable a quien ha de tomar las decisiones *últimas*, sea el representante soberano (de Hobbes a Carl Schmitt) o el órgano supremo del Estado (Jellinek). Por esta causa, el desafío del *republicanismo clásico* se halla en lograr un mecanismo o una jurisdicción pública encargada de evitar la confusión entre el representante y el soberano, entre el

1 En la raíz de esta responsabilidad política se encuentra la tesis calvinista de las dos jurisdicciones, es decir, la escisión entre la esfera política y la metafísica o teológica. En el orden público ha de imperar siempre el principio racional de la responsabilidad. Aunque en el reino metafísico reine la mayor oscuridad y la justificación sea un enigma, los hombres tienen la obligación de construir un orden social a la medida de su contingente o limitada razón práctica.

máximo órgano del Estado y el concepto jurídico de pueblo. Sin embargo, no sólo resulta imposible hablar de censura política allí donde el representante es absoluto y no existe una verdadera división de los poderes públicos, sino también allí donde se rechazan las relaciones verticales de poder y se considera al representante como un enemigo de la democracia más radical (Hannah Arendt).

II. ANÁLISIS DEL CONCEPTO

2.1. Distinción entre censura política y social. Los ejemplos más antiguos de censor político se remontan hasta el eforato lacedemonio, el censor, el tribuno de la plebe y el Senado romano. Pero el éforo y el censor romano pertenecen a una época en la que se confundía censura política y corrección de las costumbres, corrupción política y corrupción social². No obstante, entre los siglos XVI y XVII, en la época de las guerras civiles religiosas, la teoría política (Lipsius, Bodino, Althusius, Spinoza) comienza a separar el problema de la homogeneidad social (religiosa, cultural, económica, etc.) del problema de la libertad política. Esta distinción entre una censura política de los representantes y una censura social o vigilancia de las *mores* de un pueblo se produce cuando se escinden ley y *mos* (costumbre)³, ciudadano y hombre⁴, corrupción política y degeneración social, jurisdicción civil o penal y jurisdicción disciplinaria, o, finalmente, voluntad general y lo que Rousseau denominará más tarde *opinion publique*⁵. Por tanto, la *censura social* versa sobre las costumbres del hombre, constituye una jurisdicción no penal, y trata de prevenir la corrupción social, la cual —como señala la *Política* de Lipsius— es una de las causas apartadas de las guerras civiles⁶.

2 Cicerón, no obstante, resaltaba en su *De Legibus* el papel político del censor, en cuanto confiaba en él para una regeneración de la institución republicana del Senado.

3 Nos referimos a la costumbre tal y como es definida por Tocqueville: «Doy aquí a la expresión *costumbres* el sentido que adjudicaban los antiguos a la palabra *mores*; no sólo la aplico a las costumbres propiamente dichas, que podrían llamarse hábitos del corazón, sino a las diferentes nociones que poseen los hombres, a las diversas opiniones que tienen crédito entre ellos y al conjunto de ideas que forman los hábitos del espíritu. Entiendo, pues, por esta palabra, todo el estado moral e intelectual de un pueblo» (A. DE TOCQUEVILLE, *La democracia en América. I*, Alianza, Madrid, 1980, p. 271).

4 Para Montesquieu, la diferencia entre las leyes y las costumbres lleva implícita la distinción entre ciudadano y hombre: «La diferencia entre las leyes y las costumbres estriba en que las leyes regulan los actos del ciudadano, mientras que las costumbres regulan los actos del hombre» (MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 19953, XIX, XVI, p. 209).

5 La *opinion publique* está más cerca de la *honestidad externa* que del fruto de un debate racional. Cf. J. HABERMAS, *Historia y crítica de la opinión pública*, Gustavo Gili, Barcelona, 1981, p. 133.

6 J. LIPSIO, *Los seys libros de las Politicas*, Imprenta Real, Madrid, 1604, VI, ii, p. 241.

Sin embargo, teólogos y publicistas jesuitas o presbiterianos no discriminan durante este período entre censura social y política. No sólo reclaman una competencia exclusiva sobre los comportamientos morales de cualquier cristiano, sin importar su rango político, sino que exigen también, en virtud de la supremacía del fin eclesiástico sobre el político, la deposición del magistrado cuyas leyes o acciones pongan en peligro las almas de sus súbditos. Por esta razón se podrá hablar de una censura pública *directa* cuando sea realizada desde la esfera política, es decir, cuando censores y censurados sean representantes públicos; y de censura *indirecta* cuando sea ejercida desde una esfera eclesiástica o privada (lo cual supone siempre un enfrentamiento entre el Estado y la Sociedad). Pero los *clerics* ni son representantes públicos ni responsables ante el pueblo⁷.

2.2. *Separación entre los mecanismos ordinarios y extraordinarios de la defensa de la salud pública.* La censura pública podía ser confundida asimismo, al comienzo de la Edad moderna, con dos conceptos políticos, no obstante, antitéticos: el *derecho legal de resistencia* y la *dictadura*. El primero considera que el mayor peligro para la *salus publica* proviene de la unidad o de la concentración de todo el poder en manos del tirano. En cambio, la dictadura hace referencia al peligro de la desunión, de las facciones o de la guerra civil. Sin embargo, ambos términos aluden a soluciones aconsejadas en *situaciones excepcionales*, esto es, cuando la enfermedad política, la tiranía o la guerra civil, ya se ha extendido. Por el contrario, la censura política, aun siendo más afín al derecho legal de resistencia, se desarrolla en la vida ordinaria de la *respublica* y se opone al *mal en sus comienzos*, y no una vez que la corrupción se ha generalizado⁸. Especialmente, cobra vigor en el ámbito de la lucha entre los estamentos y el rey, y en el de rivalidad entre las ciudades libres y la nobleza gobernante. Cuando sucede esto último, el control de los representantes políticos suele ir asociado al *principio federal*. Es el caso de

7 El mismo clero fue quien primero asumió esta misión. Después, fue ejercida por el crítico burgués, el masón o el filósofo ilustrado (*public éclairé*), y, más tarde, retomada por los líderes de movimientos sociales sin representación política, medios de comunicación de masas, etc.

8 En este sentido es significativa la crítica de Spinoza a Maquiavelo. El holandés acude a los *Discorsi* del florentino para analizar cuáles son las causas de la crisis y desaparición del Estado Cf. B. SPINOZA, *Tratado Político*, Alianza, Madrid, 1986, X, 1, pp. 211-212. Entre las soluciones propuestas por Maquiavelo para combatir la enfermedad política, se halla la dictadura. Sin embargo, el filósofo de Amsterdam rechaza al dictador como defensor de la Constitución, pues, en el fondo, introduce la semilla de la disolución del régimen republicano: la igualdad y la libertad común son las primeras víctimas de la dictadura y de la exención de las leyes para el dictador. Sin duda, el temor de Spinoza hacia la dictadura viene motivado por el golpe de mano del estatúder Guillermo de Orange en 1572. De ahí la necesidad de que el Consejo censor de los síndicos sea una institución permanente y encargada, a diferencia de la dictadura, de erradicar, desde su raíz, las situaciones extraordinarias o *momentos de extrema ansiedad para el Estado*.

Althusius, cuya obra refleja el enfrentamiento entre la ciudad libre de Emden, de la cual fue síndico, y el conde Emno, o el de Spinoza, para quien tiene gran influencia la disputa entre la ciudad de Amsterdam y el estatúder.

2.3. *Censura política difusa y concentrada*⁹. A pesar de la gran diversidad de censores públicos, podemos apreciar a lo largo de la historia política moderna la presencia constante de estos dos tipos-ideales. La censura política *difusa* es ejercida por órganos políticos no especializados en la defensa constitucional. A este tipo pertenecen el clásico control mutuo entre los tres poderes (*separación de poderes*), el poder judicial en su conjunto (*el sistema americano o control incidental* de la constitucionalidad), la minoría parlamentaria y demás instancias políticas que, junto a sus funciones más específicas, también están capacitadas para exigir la responsabilidad a los gobernantes.

De otra parte, nos encontramos ante una censura pública *concentrada* cuando el ordenamiento jurídico ha previsto la existencia de un representante *especializado* en esta función. El moderno Tribunal Constitucional (TC) sería su tipo ideal: constituye, en primer lugar, un poder jurisdiccional (*censores*) encargado de examinar si la actuación de los gobernantes se realiza de acuerdo con la voluntad popular, es decir, subsume los actos de los magistrados dentro de las leyes fundamentales y los reconoce conformes o contrarios a dicha norma constitucional; en segundo lugar, y a diferencia de los tribunales ordinarios, se caracteriza por estar facultado para destruir, cuando procede, normas generales. Ello le permite desempeñar la misión, como sostiene Kelsen acerca del moderno TC, de *legislador negativo*¹⁰. Por tanto, el adjetivo *político* resulta pertinente porque se juzga a los representantes públicos y porque las consecuencias son políticas: anulación o confirmación de la norma general. A pesar del gran número de representantes especializados en esta función que nos suministran las fuentes históricas¹¹, en este artículo nos cen-

9 Carl Schmitt se atribuye la distinción entre el control judicial *difuso* y *concentrado*: «Propongo el término *difuso* para designar el concepto opuesto al de derecho de control *concentrado* en una sola instancia» C. SCHMITT, *La defensa de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1983, p. 52, nota 17.

10 «El órgano al que está encomendada la anulación de las leyes inconstitucionales (...) no ejerce, sin embargo, verdaderamente una función jurisdiccional. En la medida en que se pueden distinguir entre ellas, la diferencia entre la función jurisdiccional y la función legislativa reside ante todo en que ésta crea normas generales mientras que aquella sólo crea normas individuales (...). Ahora bien, anular una ley es dictar una norma general (...). Un Tribunal que tiene el poder de anular las leyes es un órgano con Poder legislativo» (H. KELSEN, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (1931), Tecnos, Madrid, 1995, pp. 37-38, nota 12; *Ibidem*, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, pp. 130 ss.).

11 Tribunos de la plebe en Maquiavelo, Justicia de Aragón, éforos en Fichte, tribunos de la Constitución francesa de 1799, Censores de Pensilvania, Defensor del pueblo, etc.

traremos en los tres modelos más importantes surgidos desde la Reforma: el clásico *eforato* de estirpe calvinista, el síndico spinoziano y el moderno Tribunal Constitucional. Del Consejo de éforos al TC podremos observar cómo el concepto de censura política se fue depurando de conceptos afines y afirmándose también en oposición a otros.

III. EFORATO CALVINISTA: ALTHUSIUS

En el eforato de la primera época, el de los monarcómacos calvinistas¹², todavía no se ha conseguido delimitar estrictamente entre el control ordinario de los representantes políticos y el derecho legal de resistencia. De ahí que atribuyan también al *eforo* competencias para resistir activamente al tirano. De los cinco deberes que, según el síndico de la ciudad de Emden, Althusius, contiene el complejo oficio de éforo, sólo uno, el control de los poderes constitucionales, expresa la genuina función de censor político: se trata de una actividad prohibitiva y negativa, en virtud de la cual un representante (el *cen-sor del honor regio*) está obligado a vigilar y denunciar si el magistrado supremo incumple la *commisio regni* o invade los derechos inalienables del pueblo. Althusius desglosa, a su vez, esta función en dos partes: en primer lugar, «los éforos tienen la potestad de socorrer con ayuda de su consejo al supremo magistrado general»¹³, esto es, deben aconsejarle sobre los asuntos públicos más graves o difíciles, con el fin de que no llegue a atentar contra el derecho simbiótico o la soberanía del pueblo; en segundo lugar, deben oponerse a los decretos injustos del supremo magistrado cuando «sean contrarios a la salud común y a las leyes constitucionales y fundamentales del Estado»¹⁴.

Althusius apuesta de este modo por la separación de poderes, o escisión entre el magistrado supremo (monárquico o poliárquico) y los éforos, como

12 A pesar de su larga historia, son los monarcómacos calvinistas quienes vuelven a introducir los éforos en la teoría pública moderna. Si bien Zwingli y el luterano Melancton también se refirieron a ellos (Cf. Q. SKINNER, *Los fundamentos del pensamiento político moderno. II. La Reforma*, FCE, México, 1986, pp. 238-240), es sobre todo Calvino quien reaviva la discusión en torno al *Eforato*: «si ahora hubiese autoridades ordenadas particularmente para defensa del pueblo y para refrenar la excesiva licencia que los reyes se toman, como antiguamente los lacedemonios tenían a los éforos opuestos a los reyes, y los romanos a los tribunos del pueblo frente a los cónsules, y los atenienses a los demarcas frente al senado, y como puede suceder actualmente que en cualquier reino lo sean los tres estados cuando se celebran cortes; tan lejos estoy de prohibir a tales estados oponerse y resistir, conforme al oficio que tienen, a la excesiva licencia de los reyes, que si ellos disimulasen con aquellos reyes que desordenadamente oprimen al pueblo infeliz, yo afirmaré que tal disimulo ha de tenerse por una grave traición» (J. CALVINO, *Institución de la Religión Cristiana*, Fundación Editorial de Literatura Reformada, Rijswijk, 1967, IV, xx, 31, p. 1193).

13 J. ALTUSIO, *Política (P)*, CEC, Madrid, 1990, XVIII, 66, p. 208.

14 P, XVIII, 68, p. 210.

única medida eficaz para mantener la libertad y evitar la concentración del poder en uno solo de los administradores de la Constitución o —en la terminología althusiana— del *derecho simbiótico*. Pues dicha monopolización implicaría en la práctica *desheredar* al pueblo y convertir en soberano al mismo representante. Las palabras del jurista alemán no pueden ser más diáfanas: «una gran potestad no puede mantenerse dentro de sus límites sin una cierta coerción o moderación confiada a otros»¹⁵. Como la *potestas* del magistrado supremo tiende, en esencia, a desbordarse, es preciso mantener esta corriente dentro de su cauce (*amnem ripis coercere*) oponiéndole una fuerza de contención: la *coercitio* del censor político. Se trata, en suma, del mismo principio que consagrará Montesquieu: el poder contrarresta el poder¹⁶. Pero ya apuntado por Maquiavelo, cuyos *Discorsi* señalaban que la libertad en la República romana se basaba en la *enemistad* o desunión entre la plebe y el senado romano¹⁷, o por el republicano Spinoza, para quien «las leyes, por sí solas, son ineficaces y fácilmente violadas, cuando sus guardianes son los mismos que las pueden infringir»¹⁸.

Mas los éforos althusianos no se limitan a juzgar si los *tutores* del pueblo actúan dentro de los márgenes impuestos por las leyes o por la *communicatio iuris*. El éforo es algo más que un juez o un censor: aparte de resistir activamente contra la tiranía del gobernante¹⁹, asume otros deberes que tampoco implican un mero juicio político. De esta manera nombran al supremo magistrado o rector general²⁰; designan a un *curador*, cuando el supremo magistrado es un incapaz, o a un procurador, si ha sido hecho prisionero o está ausente, e, incluso en tiempos de interregno²¹, ejercen la administración del Estado hasta el nombramiento de un nuevo rey; por último, también protegen a los

15 *Ibidem*. Además, «la potestad llevada por muchos y los asuntos de la república confiados a muchos se realizan mejor» (P, XVIII, 72, p. 211).

16 «Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, pour la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir» (MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, II, XI, iv).

17 «En toda república hay dos espíritus contrapuestos (el de los grandes y el del pueblo), y todas las leyes que se hacen en pro de la libertad nacen de la desunión de ambos» (N. MAQUIAVELO, *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, Madrid, Alianza, 1987, I, 4 p. 39).

18 B. SPINOZA, op. cit., VIII, 19, p. 177.

19 «De donde el deber de los éforos es no sólo juzgar si el supremo magistrado cumplió con su cargo o no, sino también resistir a la tiranía del supremo magistrado que abusa de los derechos de soberanía y viola su derecho al cuerpo de la república o quiere quitárselos» (P, XVIII, 84, p. 213).

20 «Nada más útil para abatir facciones, sediciones y guerras civiles que quitar a la multitud la creación de príncipes y magistrados y dárselo a unos pocos» (P, XVIII, 60, p. 207).

21 Esto sólo puede suceder cuando el magistrado supremo sea un rey, pero no cuando se trate de una asamblea. Mas, en todo el capítulo dedicado a los éforos, Althusius piensa en el emperador alemán como magistrado supremo y en los príncipes electores como éforos. Cf. P, XVIII, 87, pp. 214-215.

gobernantes de las conjuras, de los traidores o de las facciones. Sin duda, la razón de estas funciones adicionales procede de que Althusius piensa en una monarquía electiva y en los príncipes electores de Alemania como prototipo de éforos. Lo cual no implica que no admita estos censores en un régimen poliárquico. Pero el ejemplo alemán impide al jurista calvinista, a diferencia de Spinoza o Fichte, separar netamente el *officium* de censor o juez político del cargo de administrador con *potestas* positiva, dado que los éforos o príncipes electivos, en el ámbito de la provincia, suelen ejercer también el poder ejecutivo.

Por otro lado, el síndico de la ciudad de Emden todavía no ha prescindido de las metáforas organológicas medievales y, por eso, concede la cabeza del cuerpo político a los *ensores del honor regio*²²: todos ellos tienen mayor potestad que el magistrado supremo. Sin embargo, no detentan, como algunos autores han llegado a afirmar, la soberanía²³; pues, más allá de que sean elegidos por el pueblo²⁴, son, como el resto de los representantes, un *instrumentum separatum* del soberano, responsables y revocables. El magistrado supremo también se halla constitucionalmente facultado para corregir a sus censores. Razón por la cual, el mantenimiento de la libertad política y del derecho simbiótico se debe al control mutuo entre éforos y magistrado supremo²⁵. De este modo, Althusius no sólo responde a la pregunta de *quis custodiet ipsos custodes* e impide pensar en una cadena infinita de censores, sino que, al mismo tiempo, parece encontrarse más cerca de la *difusa* censura política o de la separación federal de poderes, cuando no supone un mero reparto competencial de tareas, que de un cargo u órgano público especializado, al estilo del síndico spinoziano o del Tribunal Constitucional contemporáneo.

A fin de cuentas, lo más importante para el alemán es que ni el censor regio ni el supremo magistrado detentan un poder ilimitado o absoluto²⁶. Por

22 Cf. *P*, XVIII, 51, p. 204. En este contexto, el síndico de Emden también parece estar pensando en los príncipes electores alemanes, a quienes denomina éforos generales del Imperio y reino alemán. Así, la denominación de los éforos como los pies y fundamento de la consociación universal no es más que una paráfrasis de la bula áurea de Carlos IV, donde se llama a los electores *columns y bases del Imperio germánico*. Cf. *P*, XVIII, 52, p. 205.

23 Primitivo Mariño, en su estudio preliminar a la traducción española de la *Política*, sostiene que la «majestas althusiana en el pueblo es puramente formal, pues los que poseen de hecho el poder son los éforos o magistrados intermedios, como bien advierte Schmidt-Biggemann» (*Cf. P*, p. XXX).

24 «Se eligen y crean tales éforos con el consentimiento de todo el pueblo (...), según la naturaleza de cada reino o según costumbre» (*P*, XVIII, 59, p. 206).

25 «Esta corrección, censura y observación mutua entre el rey y los estados o éforos mantiene el estado del reino sano y salvo y lo libera de todos los peligros, males e inconvenientes» (*P*, XVIII, 91, p. 216).

26 «Toda potestad está limitada con ciertas barreras y leyes, ninguna potestad es absoluta, infinita, sin freno, arbitraria, sin ley, sino que está ligada a leyes, derecho (*ius*) y equidad. Asimismo toda potestad civil, como se constituye por modos legítimos, por los mismos se quita y extingue» (*P*, XVIII, 106, p. 220).

este motivo constituye un error atribuir la soberanía al eforato althusiano: no hay aquí ni teología política, ni decisionismo, ni concentración de todo el poder en un sólo sujeto político. Ahora bien, la separación federal althusiana no es una efectiva *separación de poderes*, pues no se puede garantizar la imparcialidad del magistrado supremo cuando ha de ser elegido por los mismos éforos. De ahí que el *Federalist*, ya en el siglo XVIII, con el fin de eliminar la dependencia o subordinación entre los representantes, proponga que cada uno de los poderes públicos sea elegido directamente por el pueblo²⁷.

IV. PERFECCIONAMIENTO DE LA CENSURA POLÍTICA CONCENTRADA: EL SÍNDICO DE SPINOZA

A diferencia de la *Política* althusiana, el *Tratado Político* del holandés, en la parte dedicada al régimen aristocrático, establece, de una parte, una clara distinción entre la censura política ejercida en las situaciones de normalidad y el excepcional derecho legal de resistencia, y, de otra, teoriza sobre un órgano realmente especializado en la censura política: el *Consejo de síndicos* cuya principal tarea radica en exigir que los derechos del Estado se mantengan intactos y, por tanto, que los representantes públicos, jueces, senadores o consejeros, cumplan con su deber y con el derecho de la república. Por esta razón, los síndicos tienen la potestad suficiente para enjuiciar y condenar a los representantes del Estado, incluidos los tribunales de justicia y, sobre todo, el Tribunal Supremo²⁸, que incumplan las normas reguladoras de su oficio.

27 Para el *Federalist*, la única manera de mantener «en la práctica la división necesaria del poder» consiste en idear «la estructura interior del gobierno de tal modo (y esto será que los miembros de cada poder representativo sean elegidos por el pueblo y no por otro representante) que sean sus distintas partes constituyentes, por sus relaciones mutuas, los medios de conservarse unas a otras en su sitio» (HAMILTON, MADISON y JAY, *El Federalista*, FCE, México, 1943, LI, p. 219). Aconseja que los miembros de cada poder gubernamental tenga «la menor participación posible en el nombramiento de los miembros de los demás. Si este principio se siguiera rigurosamente, requeriría que todos los nombramientos para las magistraturas supremas, del ejecutivo, del legislativo y el judicial, procediesen del mismo origen, o sea, del pueblo, por conductos que fueran absolutamente independientes entre sí» (*Ibidem*, p. 220). Ahora bien, en el caso del poder judicial, «siendo indispensable que sus miembros reúnan condiciones peculiares, la consideración esencial debe consistir en escoger el sistema de elección que mejor garantice que se logran estos requisitos» (*Ibidem*). Por otra parte, aconseja, para impedir las intromisiones de un poder en la esfera de otro, «dotar a los que administran cada departamento (poder) de los medios constitucionales y los móviles personales necesarios para resistir las invasiones de los demás» (*Ibidem*).

28 «El respeto a los síndicos impedirá que los jueces dicten una sentencia injusta o, al menos, absurda, y que ninguno de ellos haga nada fraudulentamente» (B. SPINOZA, op. cit., VIII, 41, p. 193). Mucho antes que Beccaria, el filósofo holandés denuncia el uso de la tortura como medio de prueba. Cf. *Ibidem*). Precisamente corresponde a los síndicos vigilar la legalidad de los medios probatorios.

Asimismo, se convierten en defensores de la plebe, pues reciben, como los *tribunos romanos* y los de Maquiavelo, «*las quejas y acusaciones secretas de la plebe contra los funcionarios y custodian, si fuera necesario, a los acusadores*»²⁹. En suma, su función básica consiste en evitar la degeneración del Estado aristocrático, su disolución o transformación en otro Estado³⁰.

Nos encontramos ante un mecanismo ordinario que permite corregir a los gobernantes y, en especial, al magistrado supremo, sin necesidad de detener el curso ordinario del derecho y de reabrir el siempre excepcional proceso constituyente. Todo lo contrario sucederá, por ejemplo, en las obras de Jefferson y Fichte, quienes apelan al pueblo, ya sea ocasionalmente o periódicamente, para evitar y corregir las infracciones de la Constitución. A este respecto, Madison criticaba a Jefferson porque, en *Notas sobre el Estado de Virginia*, recurriera «*al pueblo como garantía contra las extralimitaciones de cualquiera de los departamentos del gobierno*»³¹. En palabras de Publius, abrir un nuevo período constituyente implica «*alterar la tranquilidad general interesando demasiado las pasiones públicas*». «*La frecuencia de estas llamadas —añade Madison— privaría al gobierno, en gran parte, de esa veneración que el tiempo presta a todas las cosas y sin la cual los gobiernos más sabios y libres nunca poseerían la estabilidad necesaria*»³². Para Fichte, dado

29 *Ibidem*, VIII, 28, p. 182. Spinoza pretende evitar cualquier conflicto social entre patricios y plebeyos atribuyendo a estos últimos la facultad de apelar al Consejo de los síndicos. De esta manera, los síndicos adquieren también los rasgos del tribuno de la plebe: «No cabe duda que los síndicos no podrán evitar el odio de muchos patricios y que, en cambio, serán muy bien vistos por la plebe, cuyos aplausos procurarán ganarse en cuanto les sea posible. Para conseguirlo, no perderán ocasión alguna de revocar las sentencias contrarias a las leyes procesuales, de examinar la actuación de cualquier juez y de castigar a los transgresores. No hay nada que impresione más a la multitud» (*Ibidem*, VIII, 41, p. 194).

30 Por este motivo, el Consejo de síndicos debe también poner en marcha los distintos órganos del Estado aristocrático y, en especial, el Consejo Supremo: «El derecho de convocar el Consejo Supremo y de proponer los temas que él debe resolver pertenece a los síndicos; a éstos se concederá también el primer puesto en el Consejo, pero sin derecho a voto» (*Ibidem*, VIII, 26, p.181). Además, son los últimos responsables de que el número de patricios no disminuya. Se trata de una misión muy importante, pues, a juicio de Spinoza, la ley primordial del Estado aristocrático es la que determina la proporción de patricios y plebeyos. En esta labor el síndico se aproxima al antiguo censor o magistrado dedicado a elaborar el censo de los ciudadanos: «los síndicos pueden saber el número de habitantes y hacer que los patricios alcancen la proporción debida» (*Ibidem*, VIII, 25, p. 179).

31 «(Jefferson propone que) siempre que dos de las tres ramas del gobierno, cada una mediante el voto de las dos terceras partes del total de sus miembros, concurren en estimar que es necesaria una convención para reformar la Constitución, o *corregir las infracciones* a ésta, se convocará una convención con dicho objeto» (*El Federalista*, cit., XLIX, p. 214). Cf. T. JEFFERSON, *Notas sobre Virginia*, en *Ibidem, Autobiografía y otros escritos*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 251-252.

32 *El Federalista*, cit., XLIX, p. 215.

que el poder ejecutivo resulta inapelable³³, la intervención del *éforo legal* se centra en la interposición de un interdicto de Estado que paraliza o suspende el poder público y anula todo procedimiento jurídico posterior. Esta medida excepcional o extraordinaria reclama, además, la presencia del poder constituyente, del pueblo o de la comunidad, para juzgar si el Ejecutivo se ha convertido en tirano o ha traicionado la ley constitucional. En realidad, el eforato fichteano es una nueva versión del derecho legal de resistencia. Incluso Fichte se aproxima a los monarcómacos más radicales del siglo XVI, y entre ellos cabe situar a los jesuitas Mariana y Suárez o a algunos calvinistas como Buchanan, cuando afirma que si los éforos legales incumplen su deber, entonces cualquier persona privada podrá asumir el papel de *éforo natural*, es decir, podrá levantarse contra el ejecutivo y convocar al pueblo para que juzgue a gobernantes y éforos³⁴.

Pero volvamos al Consejo de los síndicos, esto es, al órgano encargado de corregir las infracciones constitucionales sin necesidad de interrumpir el proceder normal del derecho. Spinoza ya no utiliza, en oposición a Althusius, el método de los contrapesos o del control mutuo entre los distintos representantes. A semejanza de lo que sucede con el moderno Tribunal Constitucional, el cual normalmente no está sujeto al control del Parlamento, el filósofo holandés establece unos criterios muy rigurosos para la selección de los síndicos. A través de estas garantías pretende evitar que uno o varios de estos censores, por no responder ante nadie de sus actuaciones, puedan convertirse en dictadores o en gobernantes absolutos. Aparte del criterio, más o menos subjetivo, de elegir a quienes, según el Consejo Supremo, se hayan destacado por su excelencia a lo largo de su vida política (los *optimi*), se añaden otros de carácter indudablemente objetivo con los cuales aspira a lograr la imparcialidad del censor: el alto número de síndicos permite que se atrevan a acusar y condenar a los poderosos e impide que se repartan el Estado y se confabulen para cometer un crimen; la completa dedicación a este cargo y su carácter *vitalicio* hace imposible el ejercicio simultáneo o futuro de cualquier otra magistratura y, por consiguiente, suprime el peligro de que los guardianes de las leyes sean los mismos que las puedan infringir; finalmente, el

33 «No les (a los éforos) está permitido impugnar los juicios de quienes detentan el poder, ya que contra ellos no cabe apelación. Tampoco les está permitido dictar directamente el derecho, en una causa cualquiera, puesto que el magistrado es el único juez en el Estado» (J.G. FICHTE, *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, CEC, Madrid, 1994, p. 241). Su poder absolutamente prohibitivo, no está «para prohibir la ejecución de esta o aquella resolución jurídica particular —pues entonces los éforos serían jueces y el poder ejecutivo no sería inapelable, sino para anular desde un cierto momento en adelante todo procedimiento jurídico, para suspender el poder público entero y en todas sus partes. Propongo llamar esta suspensión de todo poder del derecho el *interdicto de Estado*» (*Ibidem*).

34 Cf. *Ibidem*, pp. 250-251.

requisito de una edad avanzada (sesenta años o más) evita que el mandato se haga demasiado largo o «*se hagan engraidos*», pues «*son de tal edad —escribe Spinoza— que prefieren lo presente y seguro a lo nuevo y arriesgado*»³⁵.

Las dificultades para elegir a censores independientes siempre ha sido una de las principales objeciones contra la censura política *concentrada* en un órgano. En este sentido cabe encuadrar la crítica de Madison a los censores de Pensilvania reunidos en los años 1783 y 1784 para averiguar si la Constitución había sido violada: algunos de los censores más prominentes no sólo habían participado en los partidos existentes en el Estado durante el período cuestionado, sino que también habían «*sido miembros influyentes y activos de las ramas legislativa y ejecutiva*»³⁶. Para Madison tampoco bastaba con la elección directa del Consejo de Censores por el pueblo y la exclusión de «*todas las personas que hubieran estado ligadas con el legislativo y ejecutivo durante un período determinado*», pues, o bien, al ser elegidos por el pueblo, «*la importante tarea caería probablemente en manos de hombres de capacidad inferior*», o bien, «*aunque no hubieran estado interesados personalmente en la administración anterior, es probable que estuvieran comprometidos con los partidos relacionados con esas medidas y que fueran elegidos bajo sus auspicios*»³⁷. Por esta razón, el *Federalist* optaba finalmente por la censura política difusa o separación de poderes.

V. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

5.1. La defensa de los principios republicanos: pluralismo y federalismo. La *censura pública* concentrada ha alcanzado su máxima expresión en el contemporáneo TC. Este concepto clásico de la teoría política fue duramente criticado por Carl Schmitt durante la República de Weimar³⁸. En su lugar, proponía la expresión *der Hüter der Verfassung*. Para el jurista alemán, el guardián constitucional coincidía, en el fondo, con el representante soberano o Jefe de Estado, pues, entre sus competencias se hallaban muchas que no tienen ninguna relación con la misión de garantizar el respeto de la norma suprema: representación internacional, declaración de guerra, mando supremo de las fuerzas armadas, disolución del Parlamento, etc. Pero, sobre todo, podía adoptar cuantas medidas fueran necesarias para resolver las situaciones

35 Por lo demás, están protegidos por la fuerza militar: «Para que este Consejo pueda desempeñar con seguridad sus funciones, se le asignará una parte del ejército, a la que le pueda mandar lo que quiera» (SPINOZA, *Tratado político*, cit., VIII, 23, p. 179).

36 *El Federalista*, cit., L, p. 218.

37 *Ibidem*, p. 219.

38 Cf. C.M. HERRERA, *La polémica de Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución*, Madrid, CEC, Revista de Estudios políticos, nº 86, 1994.

excepcionales³⁹. Por este motivo, su defensa de la Constitución está más cerca de la *dictadura soberana*⁴⁰ que de la censura política. En realidad, el Tribunal Constitucional y *der Hüter der Verfassung* son dos términos que aluden a dos conceptos radicalmente distintos: censura pública y representación soberana.

El interés por el concepto schmittiano de *guardián constitucional* radica en que nos permite comprender mejor las razones por las cuales, en determinados países y no en otros, el TC ha *concentrado* el ejercicio de la censura política. De este modo, tras la segunda guerra mundial, se ha desarrollado en aquellos países (Alemania, Austria, Italia, España, Grecia o Portugal) donde, en mayor o menor medida, se sufrió el totalitarismo o el Estado autocrático y centralista (el schmittiano *Estado total*). Y, en cambio, en los países, como Gran Bretaña, donde la censura política difusa (la división clásica de poderes) siempre funcionó no ha germinado la figura del Tribunal Constitucional⁴¹.

En contra del parecer de Schmitt, la justicia constitucional *concentrada* se caracteriza por defender, en primer lugar, el *pluralismo*, el cual no sólo implica un mecanismo destinado a eliminar la tan temida por Tocqueville tiranía de las mayorías, sino que además reclama la existencia de una auténtica división de poderes para hacer posible el *control abstracto* (recurso de inconstitucio-

39 Como es sabido, el jurista alemán llegaba incluso a interpretar en este sentido la Constitución de Weimar y a sostener que el Presidente del *Reich* había de ser su protector. Ello se debe principalmente a que consideraba la Ley Fundamental alemana como la expresión de la *unidad homogénea e indivisible del pueblo alemán entero*. En su opinión, sólo el presidente podía salvaguardar la unidad del pueblo y oponerse al *pluralismo anticonstitucional* del Parlamento, al cual identificaba erróneamente con la Sociedad dirigida contra el Estado unitario Cf. C. SCHMITT, *La defensa de la Constitución*, cit., pp. 129-130. Hans Kelsen aclara bastante bien lo que significa este pluralismo para el alemán: «Pluralismo es una situación en la que la *Sociedad* resiste al Estado y las tendencias hostiles que ponen en peligro la existencia del Estado porque amenazan su unidad; pluralismo significa *la fuerza ejercida por varias entidades sociales sobre la formación de la voluntad política, desintegración del concepto de Estado, fragmentación del Estado, atomización de la unidad política y constitucional*. El *giro hacia el Estado total* es un desarrollo en la dirección opuesta, es la victoria del Estado sobre la Sociedad que le es hostil, es la situación de unidad asegurada del Estado (...). Finalmente el pluralismo es declarado *inconstitucional*. Y, así, la categoría de pluralismo puede servir para dejar de lado toda solución al problema de la garantía de la Constitución, que consiste en la instalación de un control de constitucionalidad» (H. KELSEN, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, cit., pp. 49-50).

40 Cf. CARL SCHMITT, *La dictadura*, Madrid, Alianza, 1985.

41 Por esta causa probablemente tiene razón Capelletti cuando escribe que «ningún país europeo que salga de alguna forma de un régimen no democrático o de una tensión importante, puede encontrar mejor respuesta a la exigencia de reaccionar contra demonios pasados, y posiblemente para impedir su vuelta, que la de introducir la justicia constitucional en su forma de gobierno» (M. CAPPELLETTI, *¿Renegar de Montesquieu? La expansión y legitimidad de la justicia constitucional*, REDC, n.º 17, p. 16).

nalidad impuesto por el Parlamento) y el *control concreto impropio*⁴² (la española cuestión de inconstitucionalidad puesta en marcha por el poder judicial). En segundo lugar, el Tribunal Constitucional se ocupa de disipar el otro gran temor de Tocqueville, la administración centralizada, ya que generalmente asume los principios de *descentralización o federalismo* y se convierte en un instrumento para la protección de los Estados miembros o de las entidades territoriales autónomas contra el gobierno federal o central. A este respecto, quizá sea el Tribunal Supremo federal de los Estados Unidos el mejor ejemplo de censor político especializado en mantener el equilibrio constitucional entre los Estados y el Gobierno federal, pues, de un lado, debe llevar a efecto la cláusula de supremacía nacional con el objeto de que la autoridad federal no se vea frustrada por una serie de leyes locales contradictorias y, de otro, debe impedir la absorción de los Estados por el Gobierno de Washington⁴³. En último lugar, la justicia constitucional también suele desempeñar, por ejemplo en España a través del *recurso de amparo*, la defensa de los *derechos fundamentales*, convirtiéndose en ocasiones en la última instancia de los tribunales ordinarios y en censor del mismo Tribunal Supremo.

5.2. *El problema de la politización de la justicia constitucional.* Puede ser planteado de dos maneras diferentes: o bien se trata de evitar la politización de la justicia porque, como pensaba Schmitt, el control constitucional siempre es una cuestión política que no puede ser sometida al juicio jurídico de los tribunales⁴⁴; o bien, por el contrario, se trata de evitar la contaminación partidista de quien ha de juzgar sobre la constitucionalidad del derecho. Desde esta última posición se tiende a subrayar el carácter jurisdiccional y objetivo del Tribunal, pues la mayor preocupación reside en que el intérprete último de la Constitución no incumpla su función y no traicione el mandato del soberano.

42 Se trata de un control *concreto* por su proximidad con el control judicial incidental o americano, pero *impropio* porque «opera con las mismas categorías normativas, con el mismo objetivo y con las mismas consecuencias» que el control abstracto en sentido estricto. Cf. P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, CEC, Madrid, 1987, p. 43.

43 Una de las sentencias del Tribunal Supremo norteamericano establecía las tres condiciones necesarias para que fuera posible anular la legislación federal por invadir la soberanía de los Estados miembros: «En primer lugar debe mostrar que la regulación impugnada regula a los Estados en cuanto tales... Segundo, la regulación federal debe recaer sobre asuntos que, indiscutiblemente, sean atribuidos a la soberanía estatal... Y tercero, debe estar patente que el cumplimiento de la ley federal perjudicaría de forma directa la capacidad de los Estados para estructurar operaciones integrales en áreas de funciones tradicionales» (Cit. en B. SCHWARTZ, *El federalismo norteamericano actual*, Cívitas, Madrid, 1984, p. 81).

44 Para Schmitt, la protección judicial de la Constitución no conduce a una judicialización de la política, sino a una «politización de la Justicia» C. SCHMITT, *La defensa de la Constitución*, cit., p. 57.

De ahí el actual interés por los límites de la jurisdicción constitucional y el replanteamiento del clásico problema de *quis custodiet ipsos custodes* que tanta importancia alcanzara ya en la obra de Althusius.

Una de las principales objeciones contra la imparcialidad de este Tribunal versa, si lo comparamos con el Parlamento o el Ejecutivo, sobre su supuesto carácter antidemocrático⁴⁵. Por eso, como en la época de Spinoza, cobra hoy especial relieve la composición, el modo de elección y la duración del mandato del juez constitucional. Se trata ante todo de garantizar la independencia del TC respecto al Legislativo que, en un régimen republicano, tiende a absorber todos los demás poderes⁴⁶. Por otra parte, también se ha objetado que esta censura atenta contra el principio de división de poderes⁴⁷, ya que la anulación de las normas inconstitucionales supone una intromisión en el ámbito de competencias del Legislativo. De esto, incluso, se ha llegado a inferir, de modo similar a lo sucedido con el eforato althusiano, que el Tribunal Constitucional es el verdadero soberano⁴⁸. Mas resulta imposible sostener dicha tesis si tenemos en cuenta que sus competencias están tasadas y enumeradas, su poder sólo es prohibitivo o negativo, no puede intervenir de oficio y, además, los legitimados para promover el examen constitucional son muy pocos.

Finalmente, el peligro de que las sentencias del TC sean valorativas, partidistas o se separen de la voluntad soberana puede proceder también del mismo texto constitucional, en tanto sus preceptos están llenos de conceptos de valor, de principios de derecho natural o de términos confusos, programáticos e indeterminados (*justicia, dignidad, libertad, igualdad, solidaridad colectiva, interés general, Estado democrático social y de Derecho*, etc.), sobre los que cualquiera puede entender algo distinto. Con el objeto de impedir una interpretación arbitraria de tales conceptos, se suele recomendar al constituyente la reducción de estos términos. Sin embargo, resulta casi imposible prescindir de ellos y eliminar la libertad del censor político para interpretar los principios constitucionales. Pues no es un *automáta jurídico*, un funcio-

45 Éste es uno de los argumentos de Carl Schmitt para atribuir la *defensa de la Constitución* al presidente elegido democráticamente y no al Tribunal de Justicia política compuesto por una *aristocracia de la toga* (Ibidem, p. 245). Ahora bien, como expresaba Kelsen en su réplica al jurista alemán, «un Tribunal Constitucional, elegido por el pueblo o sólo por el Parlamento representa algo totalmente distinto de una *aristocracia de la toga*» (H. KELSEN, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, cit., p. 73).

46 Cf. *El Federalista*, cit., L, p. 216.

47 Hermann Heller se oponía a que la *justicia funcional* reivindicara «el derecho a revisar en todas las leyes su concordancia material con la Constitución del Reich», pues, entre otras razones, «una jurisdicción erigida en legisladora viola el principio de separación entre poder judicial y legislativo» (H. HELLER, *¿Estado de derecho o dictadura?* (1929), en «Escritos políticos», Alianza, Madrid, 1985, pp. 288-289).

48 Cf. O. BACHOF, *Jueces y Constitución*, Cívitas, Madrid, 1985, p. 59.

nario o técnico, sino un *legislador negativo* que, a su manera, controlando a otros poderes públicos, concreta y hace efectiva la voluntad popular. Por esta razón, se debe perfeccionar la *selección* de los magistrados del TC, a fin de que —como escribía Althusius— también en una democracia la *razón de gobernar* sea aristocrática y, en consecuencia, sólo los más óptimos alcancen esta importante magistratura.