

# VIAJE A LAS ENTRAÑAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL \*

Luis Javier Moreno Ortiz\*\*

## Resumen

En este documento se propone un diálogo académico construido a partir de tres referentes: la obra *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política* de Gustavo Zagrebelsky, que es la sujeta materia de una reseña bibliográfica, y dos reseñas escritas sobre ella por los profesores Manuel Núñez y Miguel Carbonell, bajo los títulos *Principi e voti, de Gustavo Zagrebelsky* y *Gustavo Zagrebelsky, Juez constitucional*. En el presente ensayo se realiza una aproximación a las entrañas de la Corte Constitucional, en una especie de visita guiada a aquellos lugares cuya existencia se niega, para analizar cuestiones como la compleja relación que existe entre este tribunal y la política, el proceso de formación de las decisiones, la tarea del juez como legislador y la independencia de los magistrados. En cada uno de los análisis se emplea lo dicho por los tres autores en comentario, con algunas glosas, y se procura centrar las cuestiones en el contexto del Estado Social y Democrático de Derecho que es la República de Colombia.

## Palabras clave

Jurisdicción constitucional, tribunales políticos, independencia judicial, votos de los jueces.

---

\* Este documento se inscribe en el proyecto de investigación Observatorio de Derecho Público, gestionado por el autor en el Grupo de Investigación CREAR, de la Universidad Sergio Arboleda.

\*\* El autor es Licenciado en Filosofía y Humanidades y Abogado de la Universidad Sergio Arboleda, Especialista en Derecho Administrativo del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Magister en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda y Doctor en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda.

## Introducción

*Experiencia es el nombre que damos a nuestras equivocaciones.*  
Oscar Wilde.

a) La Corte Constitucional y, en general, cualquier tribunal constitucional, es una institución que tiene un gran atractivo tanto para los estudiosos como para los profanos. Los primeros se interesan en ella por la peculiaridad de su existencia y de sus funciones, y por el impacto contundente que una y otras producen en el derecho y en la política. Los segundos se ocupan de ella porque sus decisiones afectan de manera directa e inmediata sus vidas, tanto o más de lo que las afecta la ley.

b) El derecho constitucional es un asunto vital para muchas personas y no una mera especialidad de unos elegidos. Hoy en día, todo problema jurídico que en realidad sea importante, tarde o temprano, acaba siendo un problema constitucional. Y es muy probable que ese problema deba ser resuelto por la Corte Constitucional, sea por el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, sea por el ejercicio de controles previos sobre ciertos proyectos de ley o sobre ciertas leyes, sea por el control automático sobre algunas normas, o sea por medio de la acción de tutela.

c) En un Estado Constitucional, en el cual se experimenta la constitucionalización del derecho, la constitucionalización de las acciones y la constitucionalización de la jurisdicción, como parece ser cada vez más nuestro caso, la Corte Constitucional cumple un papel protagónico. Por eso conocer y comprender lo que esta corte es y lo que hace, no son asuntos baladíes, sino materias de la primera importancia, en especial si se quiere construir un discurso, así sea crítico, y hacer parte del debate público en torno de su existencia y sus ejecutorias.

### § 1. Convergencia de caminos

a) Son varios los caminos posibles para llegar a comprender lo que la Corte Constitucional es y lo que hace. Algunos siguen el camino de la filosofía del derecho, en especial de la teoría jurídica. Otros se inclinan por el camino de la historia política y constitucional. No falta quien se concentre en el camino de las normas, y revise con detalle la Constitución y los estatutos que regulan estas materias, sin perder de vista sus respectivos procesos de formación. La mayoría suele seguir el camino del análisis jurisprudencial, para encontrar en las decisiones algunas claves. Quizá haya quien se preocupe por tomar el camino del análisis social, económico o político de estas decisiones. El fenómeno a comprender es tan complejo que ningún camino está de más, pues todos son necesarios para este propósito, aunque me temo

que no alcanzan a ser suficientes. Hace falta un camino que está por fuera del alcance de casi todos los interesados: el camino de la experiencia.

b) Sobre la Corte Constitucional y su tarea se han hecho muchas aproximaciones intelectuales, pues el fenómeno lo amerita, pero pocas de ellas se hacen a partir del camino de la experiencia directa y, de éstas, casi ninguna converge en un mismo texto con aproximaciones logradas a partir de la teoría jurídica, de la historia política y constitucional, de las normas y de las decisiones. Y ello es así, porque esa convergencia requiere de una persona que aúne la sapiencia del estudioso y del maestro con la experiencia del magistrado, y que sea capaz de revelar con humildad y valor las entrañas de la institución de la que hizo o hace parte, sin eludir sus problemas, con la disposición de afrontarlos en su real dimensión. Esa persona existe: es Gustavo Zagrebelsky, y ese texto ya está escrito, se llama: *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*<sup>1</sup>.

c) Zagrebelsky logra en 109 páginas de pequeño formato desentrañar la Corte Constitucional italiana. Con la brevedad y la concisión de quien sabe de lo que habla y ha tenido tiempo de pensar cada palabra, el maestro italiano se propone hacer una contribución, en verdad notable, para conocer y comprender esta institución que, pese a sus inmensos poderes y responsabilidades, suele ser una de las más desconocidas e incomprensidas. Y al hacerlo no se engaña, pues sabe que en torno de la construcción mítica y falaz del mito de la Corte Constitucional y de la propia justicia constitucional, suelen campear los prejuicios, la mala fe y la presunción de la ignorancia que no se reconoce como tal.

## § 2. El camino del profesor

a) El profesor Manuel Núñez, que se ocupa del libro poco después de su publicación en Italia<sup>2</sup>, ve en él el trabajo de un esmerado maestro del derecho constitucional, reconocido en América Latina por su obra *El derecho dúctil*<sup>3</sup>. Por ello realiza una semblanza de la trayectoria académica de Zagrebelsky: profesor de las Universidades de Sassari y Torino en Italia, y autor, además de las obras citadas, de *Justicia constitucional* y *Proceso*

<sup>1</sup> El título original del libro es *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*. Fue traducido al castellano por Manuel Martínez Neira con el título *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, publicado en Madrid por la Editorial Trotta, en la colección Mínima Trotta, en el año 2008.

<sup>2</sup> En su reseña *Principi e voti, de Gustavo Zagrebelsky*, publicada en la Revista Estudios Constitucionales, Año 4 Número 2, pp. 729-732, del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca en el año 2006.

<sup>3</sup> *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traducido al castellano por Marina Gascón, Madrid, Trotta, 7ª Edición, 2007.

*constitucional*. En su reseña el hecho de que Zagrebelsky haya sido Magistrado de la Corte Constitucional italiana es poco relevante frente al hecho de que ha sido y es un notable profesor universitario y un autor reconocido. Por eso examina el libro a partir de una perspectiva que tiende a ser principalmente teórica.

b) En su análisis Núñez se centra en el conflicto que existe en torno al carácter político de la Corte Constitucional, con sus consecuencias frente a la democracia, en el papel que cumple la Constitución en una comunidad política, en las formas de argumentar ante la corte, en la colegialidad y sus consecuencias, en la independencia de los magistrados y en las diferencias que existen entre una decisión judicial y un trabajo académico. De estas cuestiones merece la pena considerar más en detalle las dos primeras, como se hace enseguida.

c) Para comprender el problema del carácter político de la Corte Constitucional, visible cuando toma decisiones que limitan o afectan la democracia y, por tanto, a la voluntad de las mayorías, Núñez asume que Zagrebelsky hace una diferencia entre la república, que sería el género, y la democracia, que sería la especie, en el fenómeno de la república democrática. A la luz de esta distinción tanto la corte como su función son republicanas: para preservar la república, en ocasiones, se debe limitar la democracia. Esto lo lleva al segundo problema, al del papel de la Constitución, que no es otro que asegurar un mínimo de unidad o cohesión para la comunidad política y para la subsistencia de la república, lo que puede y debe implicar proteger a las minorías frente a la mayoría, al decir:

La clave de la paradoja reposa en el concepto limitado de Constitución, comprendida como un código de principios sobre el cual ya no se vota, o sobre el cual el Parlamento (en tanto y en cuanto Parlamento) ya no vuelve a votar. Entendida de esta forma, la Constitución asegura el mínimo de unidad o cohesión para la comunidad política y para la subsistencia de la *res publica*. Este modo limitado o anti jacobino de comprender la democracia permite concebir a los órganos de la justicia constitucional como “instrumentos de gobernabilidad” antes que como “obstáculos” para el gobierno<sup>4</sup>.

### § 3. El camino del magistrado

a) El profesor Miguel Carbonell, que escribe su reseña después de que el libro ha sido traducido al castellano<sup>5</sup>, ve en él el trabajo de un ejemplar funcionario judicial, que innova en el ámbito europeo y latinoamericano,

<sup>4</sup> P. 730.

<sup>5</sup> En su reseña *Gustavo Zagrebelsky, Juez constitucional*, publicada en la Revista Estudios Constitucionales, Año 6 Número 2, pp. 561-565, del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca en el año 2008.

al hacer algo que sólo suele ser frecuente en el ámbito anglosajón<sup>6</sup>. Por ello inscribe a Zagrebelsky en una honrosa lista de la que hacen parte connotados Ministros de la Suprema Corte de los Estados Unidos, como Marshall, Holmes, Black, Douglas, Warren, Frankfurter, Brennan, Blackmun y O'Connor. En su reseña, el hecho de que Zagrebelsky sea un profesor y un reconocido autor es poco relevante frente al hecho de que ha sido Magistrado de la Corte Constitucional italiana. Por eso examina el libro a partir de una perspectiva que tiende a ser principalmente práctica.

b) En su análisis, Carbonell se centra en la dificultad que entraña para la corte ejercer una función política sin ser una institución política, visible en el conflicto de tener que ver con la democracia pero no derivar de ella; en el valor de los votos disidentes de los jueces, que no se permiten en la corte italiana; en la necesidad de que los cambios jurisprudenciales sean expresos; y en el deber de los jueces de ser independientes incluso de sí mismos –de sus intereses particulares-. De estas cuestiones merece la pena considerar más en detalle, para guardar la simetría, las dos primeras, como se hace enseguida.

c) Para comprender el problema de la función política de la corte, Carbonell se vale de la noción que Zagrebelsky presenta de Constitución como *pacto societatis*, valga decir, como aquello que no se vota porque ya ha sido votado de una vez por todas, lo que la pone por encima de la batalla política cotidiana. Si bien la Constitución es política, no está sometida a los vaivenes de la política, sino que es un elemento estable a partir del cual se controla la política. Ante el hecho de que si bien sobre la Constitución no se vota, en algunos tribunales constitucionales sus miembros si lo hagan, Carbonell estudia el problema de los votos de los jueces y critica la tradición italiana, defendida por Zagrebelsky, de que los magistrados se confundan en el colegio del que hacen parte, para hablar sólo como tribunal, sin que existan votos particulares. Para fundar su crítica contrasta esta tradición con la norteamericana, al decir:

¿Qué destino le habría esperado a la libertad de expresión sin los atinados votos particulares de Oliver Wendell Holmes en los primeros años del siglo pasado?, ¿qué habría sido de la Corte de los Estados Unidos sin la disidencia liberal de John Paul Stevens o de William Brennan en la sofocante atmósfera conservadora de las Cortes presididas por Rehnquist y Roberts?<sup>7</sup>, ¿qué papel habría

---

<sup>6</sup> Su escrito comienza con un párrafo que merece la pena traer a cuento: “No es frecuente que fuera del ámbito del derecho anglosajón, los más altos funcionarios judiciales escriban sobre su experiencia práctica en la impartición de justicia”. (p. 561).

<sup>7</sup> Algunos de los más grandes y polémicos votos disidentes en la historia de la Corte estadounidense pueden encontrarse en TUSHNET, Mark, *I dissent. Great opposing opinions in landmark Supreme Court cases*, Beacon Press, Boston, 2008.

jugado el Tribunal Constitucional español sin la permanente llamada al orden que supusieron, en sus primeros años de existencia, los cientos de votos particulares, magistrales todos, de Francisco Llorente<sup>8</sup>, ¿cómo podríamos entender hoy en día el papel de la Suprema Corte de México sin tener acceso y registro de los votos disidentes, que también deben sumar centenares ya, del ministro José Ramón Cossío, que en tantos temas ha sido un adelantado al criterio de sus colegas?<sup>9</sup> Puede ser que el esquema de hablar con una sola voz haya funcionado en Italia, pero seguramente que no se trata de un ejemplo a seguir<sup>10</sup>.

#### § 4. Un vistazo a las entrañas

a) En el ensayo *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, pese a su brevedad, Zagrebelsky presenta el análisis de trece cuestiones, precedido de una introducción. Las cuestiones, según aparecen en sus respectivos títulos, son: *En la sala de deliberaciones* (p. 15-22), *Un caso de conciencia* (p. 23-25), *No todo puede ponerse a votación* (p. 26-32), *¿Sobre la Constitución o según la Constitución?* (p. 33-36), *¿Política en el tribunal constitucional?* (p. 37-41), *El tribunal vota* (p. 42-48), *¿Un tribunal dividido en grupos?* (p. 49-55), *Autoestima* (p. 56-61), *Colegialidad* (p. 62-68), *¿Política judicial?* (p. 71-78), *Independencia de sí mismos* (p. 79-88), *Independencia de otros* (p. 89-97) y *Somos jueces: juzgamos y somos juzgados* (p. 98-109).

b) En la base de las anteriores cuestiones subyace una aparente paradoja, cuyo análisis le sirve al autor como un hilo conductor para atar el discurso principal con los argumentos esgrimidos respecto de cada cuestión. Dicha aparente paradoja sería la de que: *“La función del Tribunal es política, pero al mismo tiempo no pertenece a la política; resulta esencial en nuestro modo de entender la democracia, pero al mismo tiempo no deriva de la democracia”*<sup>11</sup>. Se dice que es una paradoja, porque en apariencia vulnera el principio lógico de no contradicción, pues una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo y bajo el mismo aspecto. Y se dice aparente, porque la noción de política que se emplea en la oración no es unívoca, sino que alberga más de un sentido razonable.

c) El autor no reflexiona sobre la aparente paradoja en cuestión a partir de las leyes y los reglamentos, pues su intención explícita no es comentarlos. Las leyes y los reglamentos pueden dar un marco para la conducta, a partir

<sup>8</sup> Ver BRAVO GALA, Pedro, “Algunas consideraciones obvias acerca de la actividad jurisdiccional del profesor Rubio Llorente” en *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, Madrid, CEPC, 2002, tomo II, pp. 1889 y ss.

<sup>9</sup> COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Votos*, Universidad de Colima, Editorial Laguna, México, 2006.

<sup>10</sup> P. 563.

<sup>11</sup> P. 11.

de cual ésta se puede encuadrar, pero “*Dicen poco de lo que hay dentro: acuerdos, prácticas, relaciones interpersonales, modos de ser, hacer y pensar. Y sin embargo, precisamente esto es lo esencial, y lo esencial depende no de las normas escritas sino de la percepción que se tenga del significado de la institución en cuanto tal*”<sup>12</sup>. Por ello, la tarea que emprende Zagrebelsky se nutre de manera principal del recuerdo de la experiencia vivida junto a sus colegas durante nueve años en la Corte Constitucional. Esta experiencia no se asume como material para una crónica o un anecdotario, sino que es la sujeta materia de una reflexión profunda sobre la Corte Constitucional y su papel.

## § 5. ¿La política o las políticas?

a) Si la política, en un Estado Social y Democrático de Derecho, se identifica con lo que quiere o desea la mayoría, es muy difícil sostener que la Corte Constitucional pertenece a la política, pues sus decisiones suelen ser en no pocos casos contrarias a este querer o deseo, como ocurre, por ejemplo, cuando se declara inexecutable una ley aprobada por el Congreso y sancionada por el Presidente de la República. El que algo sea aprobado por la mayoría de la población, por medio de sus representantes, no implica de manera necesaria su constitucionalidad. Y no lo implica porque ésta no depende de una votación. Y, sin embargo, los magistrados de la corte, para tomar sus decisiones votan.

b) La aparente paradoja de una función que es política, pero que al mismo tiempo no pertenece a la política, no puede comprenderse y, por ende, resolverse si la noción de política es unívoca. Lejos de la visión única de la política como lucha en pos de la sujeción, que algunos autores como Eloy García vinculan a la teoría del poder político de Weber<sup>13</sup> y a la tradición que se forja en torno de ésta, Zagrebelsky asume la tradición cívica de las ciudades italianas pre modernas, para distinguir dos sentidos de la política: como pacto social y como pacto de sujeción. En sus palabras:

Para comprender algo que tenga que ver con la experiencia, se debe más bien retomar la distinción, antes esbozada, entre los dos pacta que rigen nuestras sociedades políticas, el *pactum societatis* y el *pactum subiectionis*: una distinción a la que corresponde el doble significado de “política”. Al *pactum societatis* corresponde la política como actividad dirigida a facilitar la convivencia, la unión o, como dice Aristóteles, la amistad. Al *pactum subiectionis* corresponde

<sup>12</sup> P. 12.

<sup>13</sup> Ver “Quentin Skinner, el *Buon Governo* de Ambrogio Lorenzetti y el Derecho Político”, pp. 9-48, que aparece como introducción en el libro *El artista y la filosofía política. El Buen Gobierno de Ambrogio Lorenzetti* de Quentin Skinner, traducido al castellano por Eloy García, Madrid, Trotta y Fundación Alfonso Martín Escudero, 2009.

la idea de la política como competición entre partes, lucha por imponerse que tiene al gobierno como objeto disputado<sup>14</sup>.

c) Las dos acepciones de la política, le permiten al autor situar la Constitución y, por tanto, a la Corte Constitucional en la primera de ellas, valga decir, en el *pactum societatis*, como un soporte necesario para la convivencia dentro de la comunidad política. En este sentido ambas son políticas. Sin embargo, ni la Constitución ni la Corte Constitucional pueden vincularse a la política en tanto *pactum subiectionis*, pues en ninguna de ellas hay una competición entre partes, o partidos, que se disputan el gobierno. El hablar siquiera de gobierno de los jueces constitucionales es confundir y pervertir su auténtica tarea política, al confundirlos con los partidos políticos que entran en liza para hacerse del gobierno<sup>15</sup>. Por esto, el que los magistrados voten y, al hacerlo, formen una mayoría y una o varias minorías, en una disputa en la cual se imponga la fuerza de los números representa un grave problema tanto para la Constitución como para la Corte Constitucional. Si se sigue el camino de los números la Constitución estará sometida a lo que la mayoría de turno decida, lo cual genera una inestabilidad estructural en la comunidad política, ya que el *pactum societatis* sobre la cual esta se edifica, valga decir, sus fundamentos, están sometidos al vaivén de cada elección de magistrados de la Corte Constitucional, al punto de que puede haber muchas constituciones posibles, e incluso contradictorias, conforme se renueven los integrantes de la corte. Ante esta posibilidad real, parece razonable el modelo norteamericano de justicia federal, según el cual desde un juez hasta un ministro de la Suprema Corte, permanecen en sus cargos de manera indefinida mientras guarden buena conducta. Esta estabilidad de las personas, puede contribuir a lograr una estabilidad en las instituciones, aunque la historia muestra que no siempre ocurre así.

## § 6. La deliberación y la conciencia

a) Las decisiones de una corte, sea constitucional o no, son el fruto de un proceso de deliberación colectiva, en el cual cada magistrado contribuye con su aporte a formar la voluntad común, en medio de un debate que puede ser férax o estéril<sup>16</sup>. Las emociones que genera el debate, que a veces

<sup>14</sup> P. 39.

<sup>15</sup> El Tribunal Constitucional está dentro de la política, incluso es uno de sus factores decisivos, si por política se entiende la actividad dirigida a la convivencia. El Tribunal es apolítico si por política se entiende la competición entre las partes por la asunción y la gestión del poder. El funcionamiento a través de votos que deciden –etimológicamente: que disciernen quién está de una parte y quién de la otra– sería compatible con la política en su segundo significado, incluso podría ser su confirmación; resulta problemático, por el contrario, en referencia a la política en su primer significado. (p. 40-41).

<sup>16</sup> En este debate, al decir de Zagrebelsky, “Pueden constituir un *médium* de firme sabiduría y



termina en un enfrentamiento, deben ser superadas al salir de la deliberación, para no convertirse en semillas de futura discordia o en asuntos personales. El debate debe ser abierto y honesto, pero no una oportunidad malquerencias o resentimientos. Y esto, tratándose de seres humanos, no siempre es fácil. El dique de contención para las aguas de la pasión y de la intemperancia está dado por lo precedentes, pues ellos brindan un punto de partida para iniciar el debate y un hilo conductor para su desarrollo. Los precedentes adquieren en la tarea de la corte un papel principal, así no se lo reconozca de manera explícita en el sistema de fuentes, la voluntad común está atada a sus manifestaciones anteriores con una gruesa cuerda dialéctica, con una cuerda que condiciona y limita, pero que también preserva a la corte de caer en entuertos merced a la arbitrariedad y al capricho. Con los precedentes, dice el autor, “*el pasado condiciona el futuro*”<sup>17</sup>.

b) Mientras se delibera el magistrado debe ser impermeable, para preservar la formación de la voluntad colectiva. Si asume hechos nuevos, que no están bajo su control, puede alterar su propia convicción y, a la postre, la convicción del tribunal. Si lleva lo que se trata en la sala de deliberaciones fuera de ella, pone en peligro la necesaria autonomía de su tribunal y lo somete a presiones externas que no deben tener cabida en su tarea. Zagrebelsky describe el riesgo que envuelve la segunda trasgresión, en los siguientes términos:

Inversamente, las voces de dentro deben quedar dentro. Todo lo que se dice no debe dejar huella, sólo lo poco que se reserva a la resolución destinada a ser pública. El círculo cerrado de los jueces, más que las cuatro paredes de la sala de deliberaciones, define una frontera que configura un espacio en sí. Las palabras dichas y las posiciones asumidas deben permanecer rigurosamente reservadas, también cuando se advierta la necesidad de restablecer la verdad frente a hipótesis, indiscreciones o difamaciones. La necesidad de defender este espacio de autonomía es tal que hemos de exponernos indefensos incluso ante las falsedades fabricadas fuera para arrojar sombras y descrédito<sup>18</sup>.

c) La falta de discreción genera lesiones, como la falta de continencia verbal o urinaria, que para el caso se asemejan, suele generar complicaciones. Los magistrados deben deliberar sin presiones, con libertad, con la posibilidad de poder cambiar sus posturas iniciales si su conciencia los lleva a ello. Para que esto sea posible no pueden empeñar su palabra en declaraciones o comentarios vertidos fuera de la sala de deliberaciones, ni salir a confirmar o a desmentir los múltiples rumores que suelen tejerse por terceros en torno

---

moderación o, por el contrario, una fuente de arbitrariedad y prepotencia, por ellos impuestas, toleradas o soportadas. En el primer caso actuarán por la Constitución; en el segundo, en su contra. Depende de ellos, sólo de ellos”. (p. 15).

<sup>17</sup> P. 17.

<sup>18</sup> P. 20.

a su actividad. La deliberación no es un proceso en el que haya ganadores y perdedores, en el cual sea menester imponerse, sino un esfuerzo dialéctico colectivo, arduo y complejo, en el que se debe madurar una decisión compartida<sup>19</sup>.

## § 7. Los votos de los jueces

a) Al argumento de que las Cortes Constitucionales no pertenecen a la política, aunque cumplan una función política, se puede oponer un sólido contra argumento: si esto es así, ¿por qué los jueces votan al momento de tomar sus decisiones y, a la postre, la propuesta más votada es la que acaba siendo el auto o la sentencia? Zagrebelsky, para defender su hipótesis, alude a lo dicho por el juez Jackson en el caso *compulsory flag salute* en el año de 1943<sup>20</sup>, para sostener que: “*La Constitución –se puede decir en síntesis- es aquello sobre lo que no se vota; o mejor, en referencia a las constituciones democráticas, es aquello sobre lo que ya no se vota, porque ya ha sido votado de una vez por todas, en su origen*”<sup>21</sup>.

b) Y si sobre la Constitución no se vota, se puede preguntar al autor, ¿por qué los magistrados de la Corte Constitucional sí votan al momento de decidir un caso constitucional? Zagrebelsky, consciente de la dificultad, no acude al recurso de la unanimidad, porque sabe que no pasa de ser un ideal, ni al recurso de la delegación en un sujeto para que decida por todos, porque advierte la arbitrariedad que esto entraña. Su defensa es el ataque. El ataque a la regla o criterio de la mayoría en materia constitucional, al recordar que “*los regímenes democráticos encuentran una dificultad de la que no gusta hablar: imponen a la minoría la aceptación de las decisiones*

<sup>19</sup> Para ilustrar este aspecto, Zagrebelsky relata lo ocurrido en un caso en el cual se discutía sobre la interpretación del principio de irretroactividad de la ley penal, para referir: “*Se fraguaba la división del Tribunal en dos, seis contra seis, y el presidente estaba a favor del ponente, quien por ello se hallaba a un paso de conseguir el triunfo de su tesis. ¿Acabó así? No, porque se planteó un caso de conciencia. Dada la perspectiva de una decisión que habría dividido al Tribunal tan drásticamente, el ponente retiró su propuesta y la cuestión fue resuelta sin optar entre las dos interpretaciones del artículo 25 de la Constitución. Por el momento quedó res integra, porque se prefirió dejar pasar un tiempo, con la esperanza de madurar una resolución más ampliamente compartida, que pudiera ser asumida con mayor tranquilidad*”. (p. 24).

<sup>20</sup> La esencia de toda constitución puede definirse con las palabras contenidas en la *opinion* del juez Robert Jackson, en el famoso caso del *compulsory flag salute* resuelto por el Tribunal Supremo de Estados Unidos en 1943: <<El auténtico propósito de una declaración constitucional de derechos es sustraer ciertas materias a las vicisitudes de las controversias políticas, situarlas más allá del alcance de políticos y funcionarios, sancionarlas como principios legales que hay que aplicar por parte de los tribunales. El derecho a la vida, la libertad, la propiedad, a la libre expresión, la libertad de prensa, de culto y de reunión y los demás derechos fundamentales *no pueden ser sometidos al voto; no dependen del resultado de ninguna votación*>>. (p. 26-27).

<sup>21</sup> P. 27.

*de la mayoría*”<sup>22</sup>. A la desconfianza que suscita la imposición, cualquier imposición, en una persona libre, el autor suma la circunstancia de que cualquier persona debe sentirse, al menos en potencia, como parte de la minoría, situación en la cual necesita estar segura de que de la decisión de la mayoría no se deriven consecuencias dañosas para la minoría, pues ésta también tiene un instinto de conservación.

c) La tensión entre mayoría y minoría no se puede resolver sólo con los números, pues hay dos riesgos a la vista: la impotencia de un poder político que no puede o la opresión de un poder político que deviene en tiranía. Ante este oscuro panorama, aparece la Constitución, cuya principal función es la de *“fijar los presupuestos de la convivencia, es decir, los principios sustanciales de la vida común y las reglas del ejercicio del poder público aceptados por todos, situados por ello fuera, incluso por encima, de la batalla política; principios y reglas sobre los cuales –como ya he dicho– no se vota”*<sup>23</sup>. De ser así, como lo sostiene Zagrebelsky, las cortes constitucionales no deberían formar sus decisiones a partir de los votos de sus miembros, sin embargo, ello ocurre en la práctica. Por lo tanto, el obstáculo no ha sido todavía superado, pero para comprenderlo mejor es necesario conocer qué es lo que deciden las cortes constitucionales y cómo lo deciden, lo que se intenta hacer en la siguiente sección.

## **§ 8. El juez como legislador**

a) Hoy en día ni siquiera los jueces constitucionales creen que su tarea se limita a aplicar la Constitución. ¡Qué lejos estamos de los mitos modernos de la codificación! Ahora el legislador se empeña en demostrar que no es sabio, el ejecutivo se ahoga en su inactividad y en su incapacidad para cumplir y hacer cumplir con la ley, los jueces se esmeran en probar que no son providentes, y los ciudadanos no pueden cargar con la pesada presunción de que la ley es conocida por todos. El principio de separación del poder, que parecía tan claro y tan importante, hoy no sirve para dar cabal cuenta de lo que ocurre, y acaso tampoco ha servido antes.

b) Zagrebelsky no asume el mito moderno a modo de sofisma, para evitar lidiar con asuntos complejos. Por el contrario, plantea el problema más importante de un tribunal constitucional: el de si éste decide sobre la Constitución o según la Constitución. Lo políticamente correcto sería decir que decide según la Constitución y ya está. Pero la realidad es otra, la Corte Constitucional decide sobre la Constitución. Luego de cada caso decidido, la Constitución puede cambiar. El autor lo dice bien claro. Sus palabras son:

---

<sup>22</sup> P. 28.

<sup>23</sup> P. 29.

Ahora bien, ésta sería la respuesta sí, en contra de lo que sucede, las interpretaciones, diversas y a veces alternativas, ante las que se encuentran los jueces constitucionales, dejasen intacta la Constitución. Pero no es lo que ocurre, pues la Constitución en sí y por sí no existe sino como un trozo de papel. Actúa a través de su interpretación. Interpretarla de un modo u otro, modificar una interpretación precedente o incluso contradecirla, significa disponer sobre la Constitución, aun dejándola inalterada en su aspecto exterior de texto escrito<sup>24</sup>.

c) Al unir las palabras juez y legislador se suele evocar, y Zagrebelsky lo hace<sup>25</sup>, la ardua polémica trabada entre Schmitt y Kelsen en torno de la justicia constitucional en Europa<sup>26</sup>, en la cual aparecen frases tan contundentes como “*los tribunales constitucionales son asambleas constituyentes permanentes*”, “*las constituciones son lo que los tribunales dicen que son*”, o “*el siglo XXI [para algunos sería también el siglo XX] es el siglo de los jueces*”. Zagrebelsky resalta que para Schmitt “*La jurisdicción constitucional, en síntesis, sería un sistema artificioso y contradictorio en el cual el juez constitucional se convertiría en supremo legislador tácito, escondido entre formas jurisdiccionales*”<sup>27</sup>, por lo que de este maridaje peculiar entre política y jurisdicción resulta una unión en la cual, sigue la referencia a Schmitt, “*la política no tiene nada que ganar y la justicia tiene todo que perder*”<sup>28</sup>. Cuando el asunto se pone interesante, Zagrebelsky concede la victoria a Kelsen, que se empeña en purificar el derecho de la política y de otras yerbas, pues asume que la historia constitucional le ha dado la razón. No obstante, la advertencia de Schmitt no se echa en saco roto, pues la justicia constitucional debe lidiar cada día con una poderosa amenaza: su politización. Amenaza que se acrecienta cuando se asume que el papel de los magistrados se limita a votar sobre las cuestiones constitucionales, formar mayorías y minorías, y transformar la deliberación común en una lucha de partidos.

## § 9. La corte como asamblea de partidos

a) El convertir a una Corte Constitucional en un partido –el partido de los jueces- o en un Congreso, o el siquiera pretender hacerlo, la envilece y la deslegitima. La única agenda posible de una Corte Constitucional es la Constitución; su única promesa debe ser la de honrarla y guardarla; su único propósito el de contribuir a afianzar el *pactum societatis*, que es la

<sup>24</sup> P. 33 y 34.

<sup>25</sup> Ver pp. 34 y 35.

<sup>26</sup> Esta polémica aparece recogida, en lo sustancial, en el libro *La polémica Schmitt / Kelsen sobre la justicia constitucional: el defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 2009.

<sup>27</sup> P. 35.

<sup>28</sup> Pp. 35 y 36.

Constitución, en la comunidad política. En esto Zagrebelsky tampoco se anda con medias tintas, reconoce el peligro en los siguientes términos:

En efecto, la acusación más fuerte, infamante y deslegitimadora que puede hacerse a un tribunal constitucional, como en general a todo sujeto llamado a desarrollar tareas neutrales de garantía en interés de todos, es la de actuar o haber actuado políticamente; acusación mucho más grave que la de equivocarse o haberse equivocado en una resolución<sup>29</sup>.

b) La justicia constitucional debe estar libre de sospecha, tarea especialmente ardua en una época en la cual “*Ya nadie cree en la jurisprudencia como desarrollo lógico de proposiciones, guiado por el principio de no contradicción y privado de discrecionalidad*”<sup>30</sup>. En lugar de insistir en un lugar común desgastado y anacrónico, Zagrebelsky propone retomar la distinción medieval, propia de las ciudades italianas y de su teoría del buen gobierno, entre el *pactum societatis* y el *pactum subiectionis*. Para ello debe enfrentar un problema recurrente, repetido y aplazado varias veces en su escrito y en este documento, el de que los magistrados voten. A este problema, a partir de la experiencia colombiana se podría agregar uno más gravoso: el de que los magistrados, al retirarse de la Corte Constitucional, se vinculen a un partido político y se dediquen a hacer campañas electorales con el propósito de imponerse en la lucha por el Gobierno. Situación que todavía puede ser peor si se enarbola las providencias de la Corte Constitucional, en las cuales el ahora candidato ha tenido el papel de redactor o ponente, como material de campaña.

c) Cuando la Constitución está en juego, al menos en Italia, Zagrebelsky recuerda que la Corte Constitucional hace lo posible por no votar, por deliberar sin recurrir al voto, sin ahorrar la discusión, para actuar sin precipitaciones<sup>31</sup>. Para poder proceder así, el autor considera que son necesarias dos condiciones, una subjetiva y otra objetiva. La subjetiva es la disposición sincera a comprender las razones de los otros. La objetiva es la de que la Corte Constitucional no esté sometida a plazos para tomar sus decisiones y goce de la tranquilidad que se requiere para lograr la cooperación nece-

---

<sup>29</sup> P. 37.

<sup>30</sup> P. 39.

<sup>31</sup> Sobre las cuestiones más importantes, las de verdadero derecho constitucional —es decir, aquellas en las que está en juego la función de la Constitución como instrumento de unidad, donde una u otra interpretación modifica el contenido de la norma en el sentido de la denominada por Carl Schmitt <<legislación constitucional>>, es donde la división entre los jueces puede parecer una lucha entre partes, con la Constitución como objeto en pugna-, se hace lo posible por no votar o, mejor, por deliberar sin que sea necesario recurrir al voto o convertirlo en una simple formalidad. Esto requiere empeño y largas discusiones, que podrían ahorrarse con una simple votación. Por el contrario, demuestra la sabiduría del Tribunal resistir a la tentación y tomarse el tiempo necesario, sin precipitaciones. (p. 42-43).

saría<sup>32</sup>. El resultado final del proceso deliberativo, que es la decisión, al ser producto de un esfuerzo de cooperación, no admite votos particulares<sup>33</sup>, porque se trata de una decisión unánime, sin fisuras, que siempre es más fuerte<sup>34</sup>.

## § 10. La colegialidad y los individuos

a) El juez constitucional, en el caso de los cuerpos colegiados como la Corte Constitucional, sólo es juez en tanto hace parte de este cuerpo<sup>35</sup>. Fuera de él es un ciudadano más. El juez se debe a su tribunal y a nadie más. Frente a los otros: a sus colegas, amigos, compañeros, e incluso a quienes lo nominan, designan o nombran, no tiene, ni debe tener, ningún compromiso. Esta situación se reconoce en los Estados Unidos al hablar de la “*obligada ingratitud*” de los ministros de la Suprema Corte. Zagrebelsky va más allá, pues además de esta plausible ingratitud, considera que los jueces constitucionales no deben realizar encuentros previos, ni siquiera entre ellos mismos, para elaborar líneas de conducta o estrategias<sup>36</sup>, pues el estudio de

---

<sup>32</sup> El *optimum* sería la unanimidad. El objetivo realista es llegar a la solución que suscita mayor acuerdo. Cuando se perfila una mayoría escasa, idónea sobre el papel para imponerse unilateralmente, y cuando –independientemente de los números– se manifiestan posiciones contrarias sostenidas por pocos jueces pero con fuertes argumentos, se prefiere –en las auténticas cuestiones de derecho constitucional– buscar el mayor consenso. (p. 43-44).

<sup>33</sup> La razón de esta búsqueda de un amplio consenso es la presunción de que las resoluciones amplia o unánimemente sostenidas por los jueces que han deliberado sobre ellas están destinadas a una más fácil aceptación por parte del público, que no puede especular sobre la división entre aquéllos y sus argumentos eventualmente expresados en votos particulares. Pero en nuestro discurso, el argumento no discurre en estos términos. La unidad del Tribunal hacia el exterior en nuestra opinión debería resultar garantizada en sí misma por la colegialidad, por la inexistencia de votos particulares de los jueces y por la consiguiente existencia en todo caso de una y sólo una posición, la del Tribunal como tal: afirmación que debe descontar los posibles elementos que, derivados de eventuales indiscreciones, distorsionan y destruyen. (p. 45-46).

<sup>34</sup> La decisión unánime es más fuerte, también en los sistemas que conocen el voto particular, por la simple razón de que la división que reina entre los jueces proyecta sobre sus posiciones individuales la sombra de preferencias personales y de opciones de oportunidad que no pueden reivindicar a su favor la fuerza indiscutible de la Constitución (o, si se prefiere, de la política en su primer sentido). (p. 47).

<sup>35</sup> Sólo existen como parte del Tribunal; fuera no tienen funciones que desempeñar, no pueden manifestar opiniones sobre argumentos que aun sólo indirectamente puedan referirse a asuntos del Tribunal y de su actividad. Se trata de un cuerpo decisorio unitario que se sirve de quince fragmentos activos, más o menos pequeños. (p. 62).

<sup>36</sup> Análogamente, se considera incompatible con la moralidad institucional del Tribunal la existencia de encuentros previos de grupos de jueces para elaborar líneas de conducta homogénea, vinculantes, que deben mantenerse en la deliberación colegial. Intercambio de ideas, sí; deliberación previa, no. Cada juez debe ser libre de formar y modificar su punto de vista tras la discusión común. (p. 53).

los casos debe hacerse sólo en la sala de deliberaciones, en presencia de todos los magistrados y con su concurso.

b) Si se tiene clara la noción de colegio, se debe aceptar sin pesar que los individuos o las facciones deben estar subordinados a la voluntad común. El trabajo de una Corte Constitucional se hace entre todos, en él no debe haber protagonistas ni figuras<sup>37</sup>. Cada juez debe someterse todos los días a la dura prueba de merecer la confianza de sus colegas, de ser capaz de comprender los argumentos ajenos y de rebatirlos con sus argumentos<sup>38</sup>. Pocas circunstancias son tan reveladoras del sentido colegial, como la de que:

Casi siempre el ponente que queda en minoría acepta igualmente redactar la motivación de la resolución, haciéndose intérprete de las razones de la mayoría. El rechazo es excepcional y no está bien visto. Es una ruptura de la colegialidad, un modo de tomar distancia del Tribunal como un todo y una posibilidad que se configura casi como un privilegio por completo casual.

(...) De hecho, en el Tribunal, la redacción de la sentencia recae automáticamente en el ponente, salvo que éste excepcionalmente se niegue. No se toma ninguna decisión sobre ello, porque no hay necesidad, es natural que así suceda. Si el Tribunal quisiese imponerse para confiar a otro juez la redacción de la sentencia, el ponente, aunque hubiera quedado en minoría, advertiría la existencia de una arbitrariedad, de una violencia: como si se dudase de su capacidad o de su lealtad hacia el colegio<sup>39</sup>.

c) La Corte Constitucional, en tanto colegio, no opera con arreglo a una lógica excluyente, en la cual es menester tomar partido de manera irremediable. Por el contrario, asume una lógica horizontal, compositiva e integradora<sup>40</sup>. Esto es posible porque la tarea de la corte nunca empieza de cero,

<sup>37</sup> Durante nueve años, y, además, después del final del mandato, la imposibilidad de mostrar las posiciones individuales, sobre todo en las causas de mayor relieve y significado constitucional, es a veces considerada como un grave sacrificio impuesto a los jueces con más personalidad. Éstos aceptan mal la visión de la –por decirlo de algún modo– disolución de las propias posiciones en la colectiva del Tribunal: una posición que, como tal, al final puede no ser atribuible enteramente a ningún componente del colegio. (p. 65).

<sup>38</sup> Pero para valer y concurrir a ese puesto es necesario conquistar la confianza de los colegas. Durante nueve años, cada deliberación se convierte en un examen, particularmente severo al principio, cuando se forja la fama que acompañará al juez durante todo el tiempo que dure el cargo. (P. 59).

(...) Quien acepta el cargo, acepta este examen durante nueve años y, con él, los vínculos de comportamiento que de ahí se derivan. Es un examen al cual no cabe sustraerse. (P. 60).

<sup>39</sup> Pp. 66 y 67.

<sup>40</sup> Frente a lo que se piensa fuera y se filtra como segunda intención en los comentarios y críticas <<puristas>> a sus resoluciones, la lógica que mueve al Tribunal no es excluyente; no es la lógica vertical deductiva que de un único principio constitucional llega a la resolución del caso a través de una derivación lineal. No se trata nunca de absolutizar un principio, con exclusión de los otros. Tal manera de razonar dividiría y exigiría el enfrentamiento de posturas, es decir, la votación. Y, cosa bastante más grave, dividiría la misma Constitución asignando

ya que siempre es posible encontrar apoyo en los precedentes, que son el hilo conductor del discurso de la justicia constitucional, y que brindan un marco de acción preciso a la corte, sea para que los confirme o reitere, o sea para que los abandone. Si bien en la corte italiana, como ocurre con la corte colombiana, no hay continuidad en las personas, cuyos períodos son de 9 y de 8 años, respectivamente, la continuidad y la estabilidad de la jurisprudencia, que implica la continuidad de la propia institución y, en último término, de la Constitución, se afianza en los precedentes<sup>41</sup>. Para Zagrebelsky, en una postura que no puede ser sino compartida, el respeto a los precedentes exige que el abandono de un precedente sea explícito, claro y contundente, y no implícito, especioso y enclenque. En palabras del autor:

A veces, ayudaría más a la autoridad del Tribunal indicar explícitamente la doctrina que cambia, incluso por completo, que intentar hipócritamente esconder el cambio de doctrina a través de un uso no objetivo de los precedentes, como si se avergonzase de lo que se hace. Sería un signo de fuerza y de claridad. El Tribunal Supremo de Estados Unidos, por ejemplo, aun pudiendo acogerse al *distinguish* que permite a la jurisprudencia de *common law* proceder con flexibilidad, no renuncia a “anular” expresamente la *doctrine* anterior del que quiere apartarse, para privarla de fuerza vinculante en el futuro que, de otra manera, tendría si estuviese todavía en vigor. Si no se anulase explícitamente, no bastaría una nueva argumentación incompatible para superarla. En tal caso, en efecto, la nueva doctrina podría interpretarse como una excepción, una limitación, pero no como una sustitución del precedente, la cual podría continuar utilizándose en argumentaciones futuras<sup>42</sup>.

## § 11. La independencia del juez

a) Los magistrados de la Corte Constitucional deben ser independientes. Su independencia debe ser tanto de lo externo como de lo interno. En cuanto a lo primero, Zagrebelsky aconseja recordar la máxima de que “*Las normas de conducta carentes de sanción jurídica resultan por ello más obligato-*

---

posiciones privilegiadas a este o aquel principio, a costa de los otros. La lógica que mueve las resoluciones del Tribunal, por el contrario, es horizontal, compositiva e integradora de toda posible razón constitucional: una lógica que, en fin, une sin necesidad de hacer cuentas, sin rendirse a los votos. (p. 68).

<sup>41</sup> Los cambios, las puntualizaciones, las limitaciones y las extensiones de principios afirmados precedentemente existen. La jurisprudencia debe estar “viva”: pero el desarrollo es gradual y se desenvuelve a través de interpretaciones de los precedentes, distinciones y ajustes progresivos. Los virajes son raros y no siempre son tales. Uno de los principales (por importancia y frecuencia) criterios de control de la legitimidad constitucional de las leyes está representado por la racionalidad y la razonabilidad, o mejor, en la versión prudencial adoptada por el Tribunal, por la “no manifiesta irracionalidad” y la “no manifiesta falta de razonabilidad”. (p. 74-75).

<sup>42</sup> p. 77.



*rias sobre el plano de la ética profesional”*<sup>43</sup>, sobre todo cuando los magistrados son personas que tienen una vida por vivir después de terminar su período en la corte. Ese futuro incierto es una gran tentación, pues a veces es posible favorecer el propio e insaciable interés<sup>44</sup> y, en consecuencia, asumir conductas imprudentes, como la exposición mediática<sup>45</sup> –muy oportuna si se aspira a iniciar o a proseguir una carrera política electoral-, o como la abyección o servilismo con los poderosos<sup>46</sup>, o como cualquiera otra que ponga en riesgo su fidelidad a la Constitución y su lealtad con la corte. Uno se los signos de que algo anda mal es, para Zagrebelsky, el de las “*rigideces constitucionalmente inmotivadas o artificiosamente argumentadas*”<sup>47</sup>.

b) En cuanto a lo segundo, es decir, a la independencia frente a nosotros mismos, a todo aquello que hace que seamos lo que somos y no otra cosa, que algunos suelen denominar como pasado, Zagrebelsky trae a cuento la feliz opinión del juez Frankfurter en el caso *Gobitis* de 1940, que comienza con estas palabras:

“Quien pertenece a una de las minorías más perseguidas y humilladas de la historia [Frankfurter era judío] no puede quedar indiferente ante las libertades que la Constitución garantiza. Si fuesen relevantes mis ideas personales, me adheriría a la concepción general de la libertad sobre la que se basa la *opinion* de la mayoría del Tribunal, que para mí representa el pensamiento y el comportamiento de toda una vida. Pero nosotros jueces no somos ni judíos, ni católicos, ni agnósticos. Todos, absolutamente todos, debemos a la Constitución el mismo respeto y la misma consideración, y nuestros deberes como jueces nos obligan

---

<sup>43</sup> P. 91.

<sup>44</sup> En general, no hay nada más penoso que las personas que han tenido mucho, quizá demasiado, pero quieren todavía más y así se exponen a indecorosas manifestaciones serviles y cortesanías en sus relaciones con aquellos que piensan que pueden serles útiles. (p. 92).

<sup>45</sup> Un signo tangible del cultivo del propio interés del que estamos hablando es un síndrome terminal, por fortuna no contagioso: la tendencia de jueces –de los presidentes especialmente– cuando está concluyendo su mandato a convertirse de improvizo en estrellas de los medios de comunicación de masas. Hasta entonces, por lo general, prevalece un benemérito comportamiento de reserva. En ese momento, sin embargo, se rompen los diques y, quién sabe por qué, se sienten autorizados a aparecer aquí y allá, dispersándose ellos mismos. (p. 93).

<sup>46</sup> En ciertas circunstancias, cabrá pensar que se trata de nombramientos super partes, pero en general son objeto de negociaciones en las que se convierten en moneda de cambio (cargos y puestos): el juez, aparentemente gratificado, será en realidad humillado. Todo esto no sería positivo para el Tribunal Constitucional. Menos aún lo sería –es más: es prueba de clara falta de sentido institucional– si además se prepara un destino durante su mandato: un juez en activo designado para otro cargo, a condición –bien entendido– de que el designante no se arrepienta mientras tanto, como siempre puede ocurrir. (p. 94).

<sup>47</sup> Cuando entre los jueces se constatan rigideces constitucionalmente inmotivadas o artificiosamente argumentadas, es fácil pensar que dependen de fidelidades impropias. En la sala de deliberaciones, no dar razones claras es siempre un mal signo, como lo es renunciar a motivar la propia postura y emitir un voto desnudo o extender un velo sobre las verdaderas razones que impelen la actuación. (p. 80-81).

en la misma medida [...]. Como juez de este Tribunal no estoy legitimado para manifestar mi opinión individual sobre las distintas opciones políticas que *a priori* son compatibles con nuestra Constitución, esté de acuerdo con ellas o las considere completamente equivocadas. Frente a la determinación de qué debe prevalecer, si el poder del Estado para aprobar leyes sobre aspectos de su competencia y obligar a su cumplimiento, o el derecho del ciudadano a no obedecer por motivos de conciencia, la posición del juez no es la de una persona cualquiera. Nunca se insistirá bastante en esta idea: cuando se ejercen funciones jurisdiccionales, se deben dejar aparte las propias opiniones sobre las virtudes o los vicios de una determinada ley. La única cosa que debe tomarse en consideración es si el legislador pudo razonablemente dictar tal ley...<sup>48</sup>.

c) La experiencia le sirve a Zagrebelsky para advertir con gran perspicacia que el mayor peligro para la independencia de un juez -o de cualquier persona- es el orgullo. La Corte Constitucional no es un escaparate o escenario, en cuyo alrededor se disponen los reflectores, para que el ego de sus magistrados pueda lucirse como si se tratase de una nueva colección de alta costura<sup>49</sup>. La corte no es una caja de resonancia para las posiciones personales, ni siquiera para el propio nombre. Asumir lo contrario implica no comprender lo que es la Corte Constitucional ni lo que es su papel en un Estado Social y Democrático de Derecho.

## Conclusiones

a) En *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política* Zagrebelsky el contenido no se ajusta a su propósito de manera escotera, sino que lo desborda y lo supera. Si bien es cierto que el ensayo se basa –quizá sea mejor decir: se nutre- en la experiencia del autor como magistrado de la Corte Constitucional italiana durante nueve años bien vividos, como el mismo lo confiesa, y como se inclina a verlo el profesor Carbonell<sup>50</sup>, no lo es menos que esa experiencia y esas vivencias han ocurrido en la vida de una persona que es y ha sido durante la mayor parte de su existencia un profesor, como lo anota el profesor Núñez<sup>51</sup>. A los dos profesores y a sus críticas les asiste en parte la razón, pues la obra de Zagrebelsky tiene una base objetiva empírica, pero es elaborada por un sujeto acostumbrado a teorizar.

b) En estos tiempos no es frecuente encontrar personas que puedan reunir, en su trayectoria vital, la formación y práctica profesoral y la experiencia

<sup>48</sup> La cita aparece en las páginas 81 y 82.

<sup>49</sup> El último peligro para la independencia de los jueces frente a sí mismos es un pecado de orgullo, el amor propio, el deseo de figurar, que se traduce en el deseo de ver consagrada en una resolución del Tribunal Constitucional una propia posición precedente, tomada en otra sede, sea política, científica, forense o judicial. (p. 86).

<sup>50</sup> Ver El camino del magistrado, p. 22 de este artículo.

<sup>51</sup> Ver El camino del profesor, p. 21 de este artículo.

en la magistratura, y lo es menos encontrar entre estos escasos ejemplares humanos alguno dispuesto a escribir un ensayo a partir de ambos elementos, sin eludir los problemas más acuciantes de su oficio y sin acudir a eufemismos o a desgastados lugares comunes. Zagrebelsky asume la posición de los venerables ancianos, no por su edad –aunque también-, sino por su experiencia y sapiencia, de los que habla Platón en el Capítulo X de *Leyes*, cuya mención se recoge en la nota 32<sup>52</sup>, de aquellos ancianos, digo, que en su papel de *custodios de la ley*, son “*como el ancla de todo el Estado, esta ancla, bien dotada, conservará todo lo que nosotros deseamos*”.

c) El consejo más importante de Zagrebelsky, por el grave peligro que pone de presente, es el de evitar la politización de la justicia constitucional. A quienes creemos en la Constitución como un auténtico *pactum societatis*, nos corresponde reducir y controlar el permanente riesgo de convertirla en un *pactum subiectionis*, para preservarla, por el respeto que sentimos por ella, y no contribuir con nuestra conducta, activa u omisiva, a envilecerla.

---

<sup>52</sup> Pp. 108 y 109.

