

LEGITIMIDAD «ACTIVA» Y LEGITIMIDAD «PASIVA» DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN EL ESPACIO CONSTITUCIONAL EUROPEO

PEDRO CRUZ VILLALÓN^(*)

Catedrático de Derecho Constitucional

Universidad Autónoma de Madrid

Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

La legitimidad de los jueces y de la propia función jurisdiccional renace con fuerza al hilo de un fenómeno que puede considerarse consolidado, cuando menos, en el espacio constitucional europeo: La mayor relevancia e incluso el protagonismo de los jueces en la ordenación de la comunidad política. Los casos en los que está justificada la palabra protagonismo son los que de manera más acuciante plantean la cuestión de la legitimidad de los jueces. Apenas es necesario decir que esto toca muy de cerca a los Tribunales Constitucionales, allí donde existen. El debate se vuelve, pues, una vez más, necesario, tanto a nivel europeo como a nivel nacional, en particular en un Estado en el que, con frivolidad sólo explicable por ignorancia, unos y otros pretenden reconducir la preocupante pérdida de legitimidad del modelo autonómico en Cataluña a una sentencia constitucional, con consecuencias inmediatas y graves sobre la legitimidad del propio Tribunal Constitucional¹.

Me animo, así, a emprender una «traducción libre» de un breve texto que presenté hace ya cuatro años en Berlín, con el título «¿Legitimidad a través de los Tribunales (Constitucionales)?»², así, con el paréntesis y el signo de interrogación, aunque con el adjetivo añadido. Al decir «traducción libre», quiero decir algo ligeramente diferente a lo que por tal se entiende. Por una parte, es como si pasara a responder de nuevo al cues-

(*) Opiniones expresadas a título personal.

1 Evidentemente, STC 31/2010, de 28 de junio.

2 P. CRUZ VILLALÓN, «Legitimation durch (Verfassungs)Gerichte?», en, C.Franzius/F.C.Mayer/J. Neyer (Hrsg.) «Strukturfragen der Europäischen Union», Baden-Baden, 2010, pp. 274-282. Con formulación visiblemente luhmanniana, «Legitimation durch Verfahren», Suhrkamp, Francfort M., 1983. Cfr. ahora Chr. MÖLLERS, «Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts», en, M. JESTAEDT, O. LEPSIUS, CHR. MÖLLERS, CHR. SCHÖNBERGER, «Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht. Suhrkamp, Francfort M., 2011, pp. 281 ss. El castellano no permite, en particular, la distinción que propone CHRISTOPH MÖLLERS, entre «Legitimität» —en el sentido fáctico— y «Legitimation» —en el sentido normativo.

cionario que, con aquella ocasión, me impuse. Por otra parte, he procurado salvar en todo lo posible aquel texto, lo que tampoco me ha supuesto una dificultad insalvable, pues no han cambiado tanto las cosas desde entonces. Por desgracia, las circunstancias que entonces me hicieron expresarme en forma casi telegráfica siguen siendo las mismas. Debo únicamente añadir que mi reflexión de entonces, dado el momento y el lugar, se explica, en buena medida, situada en el contexto de las sentencias que diversos tribunales de los Estados miembros, y en particular, el Tribunal Constitucional Federal alemán, dictaron con ocasión de la ratificación del Tratado de Lisboa³.

La pregunta que entonces se me proponía, la legitimidad «a través de» o «por la mediación de» los Tribunales, dejaba de algún modo incuestionada, o eso parecía, la propia «de» los propios Tribunales Constitucionales. No obstante, me pareció que la cuestión de los Tribunales Constitucionales como posible fuente de legitimidad difícilmente podía obviar la cuestión de la propia legitimidad de los mismos. Es así como, quizá llevado por la dicotomía de las categorías procesales en lengua española, me animé a distinguir, y al mismo tiempo enlazar, dos posibles manifestaciones de la legitimidad de los Tribunales, una legitimidad «activa» y una legitimidad «pasiva». La razón básica para hacerlo es la intensa intercomunicación, o incluso interdependencia, entre la legitimidad de la que los tribunales disfrutaban, y la legitimidad que ellos mismos pueden conferir.

Empezando por lo más elemental, la legitimidad, reconocida de antiguo, de los tribunales de justicia, como la de las resoluciones judiciales, resulta ya de la propia conformación del Poder Judicial como tal, tanto de su estructuración (colegialidad y sucesión de instancias) como de su funcionamiento (el propio proceso). Es, en este sentido, una legitimidad que tiene una cierta dimensión intrínseca, con independencia de lo que se precise más adelante. Por el contrario, la noción de una legitimidad *conferida por* los Tribunales, y en particular por los constitucionales, va más allá y puede decirse que es más moderna. Es más, y sobre ello volveré inmediatamente, la cuestión central no será simplemente la de si los tribunales pueden conferir legitimidad a los actos del poder público, sino más allá de ello, la de si los tribunales pueden entrar en competición con los parlamentos a la hora de dotar de legitimidad al sistema con arreglo al cual se organiza la comunidad política. La cuestión me parece tanto más moderna en la medida en que parte de la idea de la participación de los tribunales en el proceso de la puesta en pie de la comunidad política y ello con una intensidad que, al menos en el espacio europeo, todavía con memoria histórica, hubiera resultado inimaginable. Desde luego, este fenómeno suscita a su vez de nuevo, de rechazo, la cuestión relativa a la legitimidad «de» los propios tribunales, en la medida en que no es posible transmitir más legitimidad que la que se detenta.

3 En un contexto diferente, por las mismas fechas, tuve ocasión de volver sobre estas preocupaciones en, «*Autopoiesis de la justice constitutionnelle en Europe*», texto mecanografiado, «Politique(s) du Droit Public: Neuf leçons européennes», Colloque international, Universidad de Estrasburgo, noviembre de 2009. A partir de la noción de «politiques de la justice constitutionnelle», la idea subyacente era entonces, esencialmente, la de que, en el caso de algunos tribunales constitucionales, cabría hablar de políticas «reflexivas» que se «retroproyectan» sobre sí mismas, o que se construyen a sí mismas, en el curso de una especie de crecimiento orgánico, que es, en el fondo, un crecimiento funcional.

Comenzando por la legitimidad «pasiva», y si dirigiéramos la mirada a la Constitución española de 1978, veríamos cómo ahí se confirma la ausencia de la legitimidad como una categoría explícita presente en los textos constitucionales. En esto, pasa un poco como con la noción de «identidad», que no está en la letra de las Constituciones, y sin embargo cada vez resulta más complicado evitarla. De hecho, el único lugar en el que se utiliza el término, y más exactamente el adjetivo, es en el momento de describir la figura del Rey, y no en abstracto, sino precisamente el Rey que «ya» venía desempeñando, de hecho, esa dignidad de Rey, calificado ahora de «legítimo heredero de la dinastía histórica» (art. 57.2 CE)⁴. Se trata, como es obvio, de la clásica legitimidad dinástica. Y sin embargo esta proclamación situada en la Constitución es de complicada operatividad, en el contexto de un sistema basado en la soberanía nacional. De lo que resulta que la monarquía española, de manera efectiva, sólo puede aspirar a *otra* legitimidad, que no es sino la que le confiere una Constitución de extracción democrática. La legitimidad de la monarquía española, más allá de la letra de la ley, no es intrínseca, «autogenerada», por así decir, sino extrínseca.

Todo esto viene aquí a cuento porque pone de manifiesto cómo, siguiendo con el ejemplo español, no es para todos los poderes igual la necesidad de apoyarse en la legitimidad «exterior» que confiere la Constitución. Algo lejanamente semejante al monarca le ocurre al poder judicial. La justicia, de nuevo según la Constitución española, «emana del pueblo y se administra en nombre del Rey», pero, de nuevo: La justicia emana del pueblo porque la Constitución así lo dice y con el alcance que la propia Constitución le confiere. Y ello muy particularmente en un Estado como España, en el que el poder judicial en su composición personal, tal como se encontraba integrado bajo el régimen franquista devino automáticamente el poder judicial de un orden político democrático⁵. Y ello sin que la Constitución se tomara la molestia de hacerlo constar expresamente. En realidad, sólo una determinada lectura del silencio de la Constitución, que viniera a operar por defecto, permite llegar a la conclusión de que la administración de justicia tal como existía en 1978, no sólo es recibida tácitamente, como tal, por la Constitución, sino que ésta «la eleva» al rango de «poder», es decir, como uno de los tres «poderes» del Estado constitucional. Único caso aparte era evidentemente el del «Tribunal Constitucional», que ni existía en el momento de la entrada en vigor de la Constitución, ni lo haría hasta año y medio más tarde. Por lo demás, la cuestión relativa al «poder» en que habría que situar a la jurisdicción constitucional sólo podría tratarse más adelante.

4 Cfr. J. GARCÍA TORRES, en, M.E. CASAS BAAMONDE/M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER (Dirs.), «Comentarios a la Constitución Española», XXX aniversario». Wolter-Kluber, Madrid, 2009, p. 1245. P. CRUZ VILLALÓN, «De la monarchie en Espagne: Le fond et la forme», en, «En hommage à Francis Delperé. Itinéraires d'un constitutionnaliste», Bruxelles, 207, pp. 309-319; también en, id., «La monarquía en España», *Claves*, 171 (2007), pp. 4-9; L. HEUSCHLING, «Le citoyen monarque. Réflexions sur le Grand-Duc, la famille grand-ducale et le droit de vote». Promoculture-Larcier, Luxemburgo, 2013. También debe verse en esta precisión de la Constitución el abandono de «otras» legitimidades invocadas en 1975, en el momento de la ascensión al trono de don Juan Carlos de Borbón.

5 Sin que sea tampoco cuestión de subrayar en exceso el caso español. Sobre la pervivencia del personal judicial anterior a 1945 en la República de Bonn y la capacidad de esta circunstancia para explicar la legitimidad reforzada del Tribunal Constitucional Federal, cfr. Chr. SCHÖNBERGER, «Anmerkungen zu Karlsruhe», en, «Das entgrenzte Gericht», cit. nota 2, p. 15.

Al plantearse ya la específica cuestión de los Tribunales Constitucionales como posibles *dispensadores* de legitimidad, hay un primer momento en el que el signo de interrogación al que hacía más arriba referencia parece sobrar, en el sentido de que no sería polémico. Con este propósito, sería posible empezar por la Constitución misma, lo que de por sí implica que cabe aplicar a la Constitución una noción originariamente proyectada sobre el poder político. Sin necesidad de recurrir al nombre, la idea de la Constitución legítima es como mínimo tan antigua como el tan repetidamente citado artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789. A diferencia de la ley rousseauiana, la Constitución no es legítima «par cela même qu'elle est». Muy al contrario, la Constitución se legitima por su contenido —si no, no es Constitución—, un contenido que resulta precisamente del enunciado del referido artículo 16, la determinación de la separación de los poderes y la garantía de los derechos (legitimidad, si se quiere, «interna»), a lo que se sumaría una legitimidad «externa», la que resulta del proceso constituyente, siempre que este último, a su vez, pueda ser calificado de legítimo. Sobre esta necesaria cualidad del proceso constituyente —originario— no es posible detenerse en este momento.

En una palabra, las Constituciones pueden ser calificadas de legítimas en la medida en que pueden no serlo, es decir, por contraste con las que merecerían el calificativo de ilegítimas. En este caso, estaríamos hablando de una legitimidad que tendría mucho de normativa.

A partir de aquí, y como continuación de lo anterior, cabe proponer que los Tribunales Constitucionales confieren hoy día legitimidad a la Constitución, o expresándolo con algo más de cautela, que *pueden* hacerlo. Cuando se examina la pluralidad de los procesos constituyentes que han tenido lugar, sobre todo en Europa, puede adquirirse la impresión de que sólo las Constituciones con un elemento o factor de jurisdicción constitucional pueden reclamarse como legítimas. No es, desde luego, exactamente así, pero la reclamación de «justicia constitucional» ha venido unida a la de una Constitución, cabe repetir, legítima. En este mismo sentido, cuando se examinan las nuevas democracias europeas, que tampoco son ya unas recién nacidas, no parece dudoso que una cierta dosis de jurisdicción constitucional se proyecta positivamente sobre la legitimidad de las mismas⁶. Podría decirse incluso que esta consideración se proyecta sobre el propio proceso constituyente, en la medida en que se trata de un «capítulo» de la Constitución *in fieri* con el que una asamblea constituyente normalmente ha de enfrentarse. A la ley no le basta, en la percepción actual, ser «expresión de la voluntad popular» en el sentido de la citada Declaración de 1789, la ley debe ser además «constitucional», en el sentido de que, con arreglo a las categorías predominantes, debe generarse y/o prevalecer en el contexto de alguna forma de control jurisdiccional de la ley⁷. La proposición, a este respecto, sería que una Constitución cuya letra incorpora el control de la ley aparece ya dotada de un específico elemento de legitimidad. Otra cosa son los avatares por los que

6 Cfr. P. CRUZ VILLALÓN, «Rasgos básicos del Derecho Constitucional de los Estados en perspectiva comparada», en: A. V. BOGDANDY/P. CRUZ VILLALÓN/P. M. HUBER, «El Derecho Constitucional en el espacio jurídico europeo», Valencia, 2013, pp. 15-68.

7 P. CRUZ VILLALÓN, «La Constitución y «el resto» del ordenamiento jurídico», en: A. CABANILLAS LÓPEZ (coord.), Estudios jurídicos en homenaje a Luis Díez-Picazo, 2002, pp. 6361-6372.

puede atravesar un Tribunal Constitucional, a lo largo de su existencia. Lo que ante todo me importa destacar aquí es la reivindicación de control de la ley en los momentos inaugurales del Estado de Derecho.

En todo caso, cuando la Constitución prevé una jurisdicción constitucional, y ésta es efectivamente implementada, la cuestión pasa a ser la de la legitimidad (pasiva) de la dicha jurisdicción constitucional. Son entonces su estructura y sus competencias, individualmente consideradas, las que pueden reforzar o debilitar la mencionada legitimidad. A cuyo respecto lo primero que habría que indicar es que de forma parecida a como los jueces y tribunales en general están más necesitados de legitimidad que los parlamentos, igualmente la legitimidad de los Tribunales Constitucionales se encuentra en mayor medida a expensas de su correcta composición y del correcto desempeño de sus funciones. Esto no quiere desde luego decir que los Parlamentos se encuentren por encima de cualesquiera deficiencias en su composición individual o en su concreto funcionamiento: Pero son «legislaturas», es decir, instancias existencialmente abocadas a la censura periódica de la opinión pública. Por suerte o por desgracia, ése no es el caso de los tribunales de justicia. A lo cual viene a añadirse el que, en buena medida como consecuencia de una deficiente cultura constitucional, los Tribunales Constitucionales deben enfrentarse a una sospecha de politicidad de la que, al menos como punto de partida, se ven exentos los demás jueces y tribunales.

En línea con lo anterior, la justicia constitucional confiere legitimidad a la legislación, a la obra del legislador, ya sea porque sea una ley efectivamente controlada —con éxito total o parcial— por el legislador, ya sea porque su control es siempre de un modo u otro *posible*. La legitimidad de la ley no resulta sólo de ser obra del legislador democrático sino de su condición, actual o potencial, de ley jurídicamente controlada o controlable, en otras palabras, de su aptitud para ser declarada inconstitucional, si lo mereciera. Podría incluso decirse que la legitimidad de la ley resulta de su contraste con otras, que han sido declaradas inconstitucionales, y nulas. Desde esta perspectiva, algún día habría que hacer un «Elogio de la inconstitucionalidad».

La jurisdicción constitucional, pues, por su sola existencia, previene la inconstitucionalidad, como es propio en general de las instituciones sociales, es decir, de operar ya preventivamente. Pero por desgracia, entre otros fenómenos que pueden acompañar a la justicia constitucional, sobre todo a la llamada «concentrada», fomenta también la heteronomía, si por tal entendemos la norma *cocida* fuera del Parlamento. En este punto se entra ya en el terreno de las patologías, por más que se trate de patologías tan difícilmente evitables que casi habría que hablar de fenomenologías. Y es que es ya antigua, y recurrente, la tentación de dejar que sean los jueces los que le den la última hornada a la ley. El resultado puede no ser objetivamente malo, pero el coste, en términos de legitimidad para unos y para otros, puede ser alto. Esto nos remite directamente a la observación con que abría estas páginas, el reproche al Tribunal Constitucional por haber efectuado el control que el legislador prefirió dejar sin hacer.

Finalmente, déjese sólo apuntado cómo los Tribunales Constitucionales no sólo pueden legitimar la obra del legislador sino en general la obra de la Administración, cuando su competencia se extiende al control de constitucionalidad de los actos de los

poderes públicos, ya sea directamente, ya sea indirectamente a través del control de las (restantes) resoluciones judiciales⁸.

Dando un paso sucesivo, sin embargo, la cuestión tiene mayor complejidad. En ocasiones llega un momento en el que los Tribunales, como adelantaba, no sólo cooperan a la legitimidad del sistema, sino que parece como si quisieran fundamentar la legitimidad del mismo: Los tribunales «rivalizan» con el parlamento, como si se disputasen el mismo espacio. Puede decirse que la legitimidad originariamente externa de los tribunales deriva hacia una legitimidad propia, en el sentido de autónoma, al mismo nivel que los parlamentos u otras manifestaciones directas de la opinión pública. Es aquí legítimo el signo de interrogación referido a la legitimidad activa de la jurisdicción constitucional.

La señal de interrogación incorporada al enunciado «legitimidad a través de los tribunales constitucionales» puede ser oportuna, dicho simplemente, por cuanto los Tribunales Constitucionales en cuanto Tribunales de Derechos Fundamentales, y muy particularmente en calidad de tales, aparecen como conformadores de la acción política. Es en este sentido en el que es legítimo preguntarse si la legitimación generada por los tribunales tiene lugar a costa de la autodeterminación democrática.

¿Qué factores han contribuido a este cambio en la posición de los tribunales?. Creo que aquí puedo expresarme en términos muy elementales. El primero de los motivos es el cambio en el canon o parámetro de la constitucionalidad desde 1945, así como con ocasión de los *constitutional moments* que tuvieron lugar sucesivamente en Europa, en particular el de 1989. Estos cambios se han producido ciertamente ya como cambios en *la gramática* de la Constitución, baste evocar la noción «dignidad de la persona». Pero aun sin necesidad de cambios gramaticales, hemos asistido a cambios en la «reinterpretación» de nociones no sólo preexistentes sino incluso coetáneas a la propia Constitución: así, la noción de que la ley «es igual para todos». Finalmente existen categorías que no estaban en la Constitución y que frecuentemente siguen sin estarlo expresamente, baste remitir al principio de proporcionalidad⁹.

Todo esto apunta a un fenómeno más amplio, sin el cual lo que precede no se entendería suficientemente. Parece como si, salvo excepciones, las Constituciones europeas de los últimos sesenta años vinieran al mundo acompañadas de un «vicario», en el sentido católico-romano de la palabra. ¿Cabría describir así la posición de los Tribunales Constitucionales tal como lo hemos conocido, es decir, los Tribunales Constitucionales como «vicarios» del poder constituyente?¹⁰ El problema es ciertamente de alcance, y es aquí donde, en ocasiones, cabe pasar incluso de la señal amarilla a la señal roja.

8 P. CRUZ VILLALÓN, «Juge constitutionnel et fonctions de l'État», en, C. GREWE, O. JOUANJAN, E. MAULIN, P. WACHSMANN, «La notion de « justice constitutionnelle », Dalloz, 2005, pp. 173-184.

9 Ver, desde esta perspectiva, O. LEPSIUS, «Die massstabsetzende Gewalt», en: «Das entgrenzte Gericht», cit. n. 2, pp. 161 ss., 203 ss.

10 «Viva vox constitutionis», así, M. JESTAEDT, en «Das entgrenzte Gericht», cit. n. 2, p.84. En todo caso, hay que reconocer que el Tribunal Constitucional de España colaboró tempranamente a forjar una imagen semejante de sí mismo: STC 76/1983, FJ 4 (pasaje...). Cfr. P. CRUZ VILLALÓN, «¿Reserva de constitución?», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 9 (1983), pp. 185-208. El fenómeno al que aludo ha hecho simplemente posible un título como, E. CHIARELLO, «Der Richter als Verfassungsgeber? — Zur Fortbildung von Grundlagen des Rechtsstaats und der Demokratie durch höchste Gerichte», Dike Verlag, Zurich/Sankt Gallen, 2009, pp. 4 ss., 351 ss., 427 ss. Por su parte, O. LEPSIUS propone el término «massstabsetzen»

Hay, efectivamente, un momento en el que el signo de interrogación deviene señal de alarma. Por decirlo directamente: el verdadero problema se sitúa en el momento en el que los Tribunales Constitucionales pretenden una legitimidad capaz de afirmarse con éxito frente a la de los Parlamentos, como si la legitimidad superior que necesariamente, o al menos de principio, debe reconocerse a la Constitución pudiera ser reivindicada, también como postulado, y en igual medida, por el juez constitucional. Todo esto no equivale a decir que los Tribunales Constitucionales puedan llegar a situarse por encima de los poderes públicos. Es algo más sutil, en el sentido de que es más una cuestión de tiempo, que no de espacio. Es como si los Tribunales Constitucionales se situaran, bíblicamente, en el principio de los tiempos. En este punto se abre un espacio cuya problematicidad no puede ser ignorada.

Pero hay a veces algo más. Con frecuencia creciente, los Tribunales Constitucionales hablan en nombre de un orden de Derecho no revisable, en cuanto incorporado el núcleo de la Constitución, un núcleo que funge él mismo como la fuente última de la legitimidad de la propia Constitución. Típicamente, por lo que se refiere a Alemania, es suficiente citar el todavía reciente ejemplo de la Sentencia «Lisboa», de 30 de junio de 2009¹¹. Hay que reconocer que Alemania es especial, en el sentido de que no cabe a partir de su caso proceder a generalizaciones, pero es innegable la enorme influencia que su Tribunal Constitucional Federal ha tenido y tiene. Así se puede ver también cómo el Tribunal Constitucional checo, en su sentencia de 10 de septiembre de 2009, no tiene empacho en invocar el «derecho natural»¹². Llegada la ocasión, no es raro que los Tribunales Constitucionales se manifiesten como los vicarios, no sólo de un poder de revisión potencial o actual, sino como vicarios de un orden de derecho que trasciende a la propia Constitución.

Y así, una suma de factores complejos ha conducido a que «el antagonista» por excelencia, al menos en teoría, del «protector —jurisdiccional— de la Constitución», vale decir, el legislador de la reforma constitucional, haya perdido posiciones frente al juez constitucional, con la consiguiente pérdida del equilibrio entre ambos, que en general hemos considerado positivo. Todo lo cual es independiente ya sea de la elevada presencia, ya sea de la práctica inexistencia de la activación del poder de reforma. Si este fenómeno resulta apreciable en Alemania, donde la ley Fundamental se ha reformado en más de cincuenta ocasiones, ¿qué decir de España, donde las dos únicas reformas producidas en 35 años pueden ser consideradas «heterónomas», en el sentido de no ser sino pura implementación de derecho, o de compromisos, europeos?

Todo esto tiene inmediata repercusión sobre la posición que los Tribunales Constitucionales reivindican, cuando menos implícitamente. En último término, la tesis de la «eternidad», por servirme de la noción alemana, de los valores que la Constitución

de Gewalt» para describir la función que esencialmente desempeña el Tribunal Constitucional alemán, lo que podría traducirse, sólo de manera aproximada (Massstab=canon, parámetro, criterio, pauta) como el poder que dicta los criterios básicos por los que se rige la comunidad política: «Die massstabsetzende Gewalt» (cit. n. 9), pp. 159 ss.

11 Cfr. S. CASSESE, «L'Unione Europea e il guinzaglio tedesco», *Giornale di Diritto Amministrativo* 9/2009, pp. 1003-1013.

12 Así, al menos, en la traducción inglesa. Sentencia del Tribunal Constitucional de la República Checa de 10 de septiembre de 2009, sobre la ley constitucional acortando singularmente la legislatura del parlamento, apartado IV.

incorpora lleva implícito, en mayor o menor medida, el de la «eternidad» de los Tribunales Constitucionales. Desde luego, la ley, por más que sea orgánica, debe tocar con enorme cautela la configuración de los Tribunales Constitucionales, pero habría que tener igualmente cuidado con la noción de que son criaturas intocables, situadas por definición entre los órdenes angélicos. El respeto, e incluso en ocasiones la veneración por los supremos tribunales, tendría que poder hacerse compatible con el sentido último que encierra la fórmula «government by public opinion».

Entiendo que esta puede ser una lectura legítima o, cuando menos, admisible de la situación resultante. En cuyo caso, es claro que encerraría peligros, y ello por varias razones, pero sobre todo porque se apoya en una especie de *enajenación* en el sentido de que la comunidad política en su conjunto podría dejar de reconocerse en «su» Tribunal Constitucional o, dicho de otro modo, que pudiera no reconocerlo como propio¹³.

Es desde esta perspectiva, y como alternativa a la misma, es decir, como alternativa a la «enajenación», como puede plantearse la oportunidad de un objetivo que puede describirse con la ayuda de la categoría canadiense de «repatriación»¹⁴. En este caso, no repatriación de la Constitución nacional desde «Westminster», sino repatriación de los Tribunales Constitucionales. Repatriación tendría aquí un sentido democrático o, como se diría en otras sedes, «republicano». Dicho sencillamente, lo que deba ser un Tribunal Constitucional debería depender, al menos también, de los propios integrantes de la comunidad política, no exclusivamente de un poder percibido como exterior a la misma.

«Repatriación» supondría, de una parte, que nunca se perdiera de vista que los Tribunales Constitucionales son parte integrante de la respectiva *res publica*, no una instancia situada en su momento fundacional, por más que perpetuándose en el tiempo. Dicho en positivo, la repatriación de la justicia constitucional supondría la incorporación de un diálogo comprometido de las respectivas comunidades políticas con sus respectivos Tribunales Constitucionales. En este sentido, cuando más «comprometido», o sencillamente, más «fuerte» sea el lenguaje empleado por los ellos, tanto más debe comprometer un diálogo con la respectiva opinión pública¹⁵. Señalando algo bastante más concreto, todo ello supondría, para empezar, reforzar decididamente la transparencia y la visibilidad, la solemnidad incluso de los nombramientos de los jueces constitucionales. De este modo, los momentos de renovación personal de los Tribunales Constitucionales debieran ser percibidos en consecuencia como momentos singulares en la vida de la comunidad política.

13 Un peligro más preocupante que el del «destronamiento» de las disciplinas del Derecho Público como consecuencia de la hegemonía del Tribunal Constitucional. Cfr., por todos, B. SCHLINK, «Die Enthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtbarkeit», *Der Staat*, 11, 1989, pp. 161-172.

14 El recurso a la imagen de la «repatriación», de la que me sirvo, puede explicarse también por su proximidad con la imagen del «patriotismo constitucional». Cfr. J.—W. MÜLLER, *Verfassungspatriotismus*, Suhrkamp, Berlin, 2010; sobre el sentido de su incorporación en España, P. CRUZ VILLALÓN, «Das Grundgesetz in der spanischen Verfassungsentwicklung», en: K. STERN (Hrsg.), «60 Jahre Grundgesetz. Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland im europäischen Verfassungsverbund», C.H. Beck, Munich, 2010, pp. 71-83.

15 Cfr. D. LECZYKIEWICZ, «'Constitutional Justice' and Judicial Review of EU Legislative Acts», *Legal Research Paper Series*, 95/2013, University of Oxford, 2013, forthcoming in G. DE BÚRCA, D. KOCHENOV, A. WILLIAMS (eds.), *Europe's Justice Deficit? Beyond Good Governance* (Hart Publishing Oxford, 2014).

Pero, desde una perspectiva funcional, repatriación también podría significar que la tarea de decidir respecto de la constitucionalidad de la *res publica*, es decir, la tarea de decidir sobre el núcleo de la Constitución, cada vez que ello se planteara, debiera ser una tarea bastante más «compartida» o, dicho en negativo, no debiera ser una tarea exclusivamente «de» los Tribunales Constitucionales en cuyo desempeño pudiera parecer que van por su sola «cuenta y riesgo». El carácter común de la tarea debe implicar la presencia, en la sombra pero de modo constante, del legislador de reforma de la Constitución. En particular cuando son tan frecuentes las ocasiones en las que la justicia constitucional es utilizada, con mayor o menor éxito, como sucedáneo maltratado de la reforma constitucional.

Más en particular, una cosa es que la Constitución, en ocasiones, haya positivizado los límites materiales absolutos de la competencia de revisión de la Constitución, y otra distinta la del modo cómo un Tribunal constitucional debe idealmente enfrentarse con la tarea de determinación de estos límites. En todo caso y como mínimo, la determinación de lo que no puede ser modificado por el legislador de la reforma de la Constitución debe aspirar a ser —inmediatamente— comprendido por la comunidad, a partir de la presencia de una serie de convicciones generalmente compartidas. Dicho, por fin, de otro modo, el contenido de lo que pertenece al fundamento de la respectiva determinación constitucional última no debiera ser algo de lo que la colectividad sólo toma conocimiento, o sencillamente «se entera», con la lectura de una determinada sentencia constitucional.

TITLE: *Passive and active legitimacy Constitutional Courts*

ABSTRACT: *Like the ancient god Janus, legitimacy, a classical topic in political science, take a doublefaced appearance, when applied to contemporary Constitutional Courts. These judicial bodies are supposed to be «legitimate» both in a passive and in an active direction, that is, both as recipients and as providers of legitimacy, both qualities being interrelated. The crux of the judicial branch of government is that, on the basis of a growing demand for them to decide on highly sensible, if not existential matters, they may be incited to speak «from above» the institutional fabric in which they are embedded. With that in mind, a call is made for «repatriation» of constitutional adjudication.*

RESUMEN: *La legitimidad de los Tribunales Constitucionales adquiere renovada importancia en un momento en el que la demanda de justicia constitucional se proyecta sobre decisiones que afectan a la comunidad política, a veces de modo casi existencial. A partir de aquí podría encontrar justificación la distinción entre una vertiente pasiva y una vertiente activa de la legitimidad de dichos Tribunales. La relación dialéctica entre ambas formas de legitimidad, particularmente en la referida situación de protagonismo judicial, lleva a postular la idea de «repatriación» de una justicia constitucional tentada en ocasiones a hablar más «desde arriba» que «desde el propio interior» de la comunidad política.*

KEY WORDS: *European legal space. Constitutional Courts. Legitimacy. «Passive» legitimacy. «Active» legitimacy*

PALABRAS CLAVE: *Espacio jurídico europeo. Tribunales Constitucionales. Legitimidad. Legitimidad activa. Legitimidad pasiva. «Repatriación» de la justicia constitucional.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 15.01.2014

FECHA DE ACEPTACIÓN: 05.03.2014