

A vueltas con el Tribunal Constitucional Internacional (una reflexión desde la experiencia española)

Antonio-Carlos Pereira Menaut¹

Resumen: Este trabajo extrae las lecciones que nos da la experiencia del Tribunal Constitucional español, y ‘pone los puntos sobre las íes’ para evitar el error, nada infrecuente, de proyectar nuevas constituciones —o nuevas jurisdicciones constitucionales—prestando insuficiente atención a la vida real.

Palabras Clave: Tribunal Constitucional Internacional, Tribunal Constitucional Español, multiconstitucionalismo, activismo judicial, identidad constitucional.

Abstract: This paper tries to draw lessons out of the experience of the Spanish Constitutional Court. It crosses de ‘ts’ and dots the ‘is’ to avoid the not uncommon failure of projecting brand-new constitutions —or, for that matter, brand-new constitutional jurisdictions—, paying insufficient heed to real life.

Keywords: International Constitutional Court, Spanish Constitutional Court, multiconstitutionalism, judicial activism, constitutional identity.

Introducción

La posibilidad de un Tribunal Constitucional Internacional (TCI) plantea, lógicamente, muchos problemas; todos del mayor interés para el Derecho constitucional. Aquí vamos a detenernos sólo a hacer una modesta reflexión: ¿tiene algo que enseñarnos la experiencia española, que pueda ser de interés para un futuro TCI? ¿Podemos extraer de ahí alguna lección? Emplearemos un enfoque lo menos teórico, lo más pragmático y realista, que nos sea posible, pues al final el Derecho es una ciencia práctica (en el sentido aristotélico). Comenzaremos tratando de la jurisdicción constitucional española para luego pasar a enjuiciar la posible jurisdicción constitucional internacional, respetando así el viejo principio del trabajo intelectual que ordena ir, siempre que sea posible, de lo conocido a lo desconocido. Esta manera de proceder responde, en el fondo, a unas determinadas concepciones del Derecho, la jurisdicción, la política y el trabajo científico, que no podemos desarrollar ahora.

Adelantaremos que para nosotros el mayor problema no es la soberanía (mientras sea entendida como titularidad de la legitimidad originaria y no como *legibus soluta o puissance absolue et perpetuelle*). Partimos de la base de que la antigua frontera, antes clara y tajante, entre lo intra-estatal o interno, por un lado, y lo supra-estatal o internacional, por otro, está muy relativizada, y por tanto tiene perfecto sentido emitir juicios sobre el tema que nos ocupa desde la experiencia de uno de los tribunales constitucionales más antiguos del mundo². Si el proyectado TCI es una jurisdicción realmente constitucional, *a fortiori* será así por tener tras de sí algún tipo de constitución, al menos en sentido material; alguna dimensión constitucional real,

¹ U. de Santiago de Compostela. Este trabajo se beneficia de otros anteriores del autor en los que desarrolla su teoría política y constitucional y su opinión sobre el TC español, como en *Teoría Constitucional y otros escritos* (con JI Martínez Estay), Santiago de Compostela, 2017 (publicado antes en España, Chile, México y Perú), y en “Problemas del Tribunal Constitucional español”, *Ius Publicum* 1 (1998), 81-104 (con LF López Álvarez), así como en algún trabajo menor aparecido recientemente.

² Cuando, en 1978, la Constitución española creó una jurisdicción constitucional, sólo había tribunales constitucionales en Austria, Alemania, Italia y pocos países más en todo el mundo. Antes de la Segunda Guerra Mundial hubo algunas jurisdicciones constitucionales (por ejemplo, en España bajo la Constitución de 1931), que tuvieron mala salud y duraron poco.

aunque no esté formalizada, y alguna comunidad social que pueda calificarse de política, al menos en su vida real, pues si estuviéramos ante una relación estrictamente internacional en sentido propio, poca dimensión política y constitucional podría tener.

La distinción entre lo internacional o exterior, y lo político, constitucional o interno, aunque relativizada, sigue existiendo. Ya no es como una clara raya negra trazada sobre blanco, ni como esas fronteras rectilíneas de algunos países descolonizados, sino como una banda o franja gris, con diversas intensidades; no estamos en un mundo de blanco/negro. Esto lo apreciamos con claridad quienes vivimos en la Unión Europea, pues el Tribunal de Luxemburgo hace muchos decenios que está consolidado y reconocido como una especie de tribunal supremo y constitucional de la Unión, es obedecido por los tribunales y demás autoridades de los estados miembros y es incluso activista en ciertos dominios, en los cuales se comporta de manera no muy distinta de una jurisdicción constitucional interna (esto es, que ya ha dejado de ser internacional *sensu stricto*). Sin embargo, en otros terrenos (básicamente los de los antiguos pilares segundo y tercero: defensa, relaciones exteriores...) sigue careciendo de jurisdicción hasta el día de hoy, y a la luz de los recientes acontecimientos, podría continuar así por tiempo indefinido.

Por lo que se refiere concretamente a la experiencia española, señalaremos que tras cuarenta años de vida democrático-constitucional, la realidad del Tribunal Constitucional español ha venido a apartarse no poco del esquema original aprobado por el pueblo español cuando en 1978 votó en referendun la Constitución actualmente vigente. El efecto de ese apartamiento, en general, ha sido el de una mutación *praeter* o quizá incluso *contra constitutionem*, referida precisamente al intérprete de la Constitución, no importando que en cuarenta años el texto constitucional se haya reformado muy poco, y, en lo que afecta al Tribunal Constitucional, nada. De aquí se deduce que el hecho de aprobar hoy, o cuando proceda, un documento internacional vinculante estableciendo con todo detalle una jurisdicción constitucional internacional perfectamente delineada, no es garantía de que vaya a permanecer inalterada en lo esencial, ni de que esas alteraciones no resulten disfuncionales, poco democráticas y poco deseables.

Para comenzar, este autor debe someterse al soberano lector confesando que nunca le entusiasmaron los tribunales constitucionales (me remito a la obras citadas en la nota 2). Pero si partimos del pragmatismo del jurista romano, y si tenemos presente cuántas veces lo mejor ha sido enemigo de lo bueno, concluiremos que cuando una institución funciona, lo mejor no es intentar que se adapte a las preferencias de los académicos —ni siquiera cuando el académico es uno mismo—, sino pulirle sus imperfecciones, si se puede. Si el tribunal constitucional alemán, chileno, u otro, funciona razonablemente, y si no es realista esperar que con suprimirlo se arreglen los problemas políticos del mundo, mantengámoslo, mejorándolo en lo posible. A la inversa: si el Tribunal Supremo norteamericano, u otro —sin excluir al español tal como estaba en 1978—, funciona razonablemente bien, o incluso razonablemente mal, y vive cómodamente en la tradición jurídica y política del país de que se trate, ¿para qué crear un tribunal constitucional? Con este criterio de razonabilidad y prudencia, sugerimos preguntarnos, antes que nada, si realmente es imprescindible un TCI, y sugerimos también considerar los pros y los contras que previsiblemente tendrá cuando lleve varios años de funcionamiento en la vida real.

Para “dar a cada uno lo suyo”, como debe intentar hacer todo jurista, admitiremos que no se puede hacer un juicio en bloque, ni favorable ni desfavorable, sobre todos los tribunales constitucionales. Hay que hacer un juicio casuístico, pues en la práctica hay gran diferencia entre los que tienen la competencia del recurso de amparo (o equivalente: protección en Chile, tutela en Colombia, *Beschwerde* en

Alemania) y los que no la tienen (Italia, Portugal); entre los que tienen el monopolio del amparo (España) y los que no lo tienen y por tanto operan en un paisaje más pluralista (Chile), entre los tribunales constitucionales que interpretan una constitución corta y sencilla y los que interpretan una constitución compleja, oscura, cargada de valores y de nuevos derechos mal definidos; entre los que están poco politizados, o no demasiado politizados, como el *Bundesverfassungsgericht*, y los abiertamente politizados, como el español; entre los que tienen que coexistir con un Tribunal Supremo en paralelo (Chile, España, Italia) y los que son cúspide del sistema judicial porque no hay un tribunal supremo único con el mismo nivel que el Constitucional (Alemania). Con este criterio prudencial y atento a cada caso, lo primero será que el proyecto de jurisdicción constitucional internacional delimite lo más clara y sencillamente posible las funciones a realizar. Mientras eso no suceda, habrá que ser prudente. La experiencia muestra que cuanto más elevado esté un órgano —sea de legislación, de gobierno o de jurisdicción—, más bien puede hacer, pero igualmente más daño, y cuanto más alto, más difícil de reparar será el daño.

Acerca de la mutación del tribunal constitucional español

Con todos esos *caveats*, y refiriéndonos a la España de hoy, ¿podemos suponer que nuestro Tribunal Constitucional se mantendrá dentro de una razonable imperfección (o sea, sólo con los defectos previsibles en un tribunal constitucional) o, por el contrario, ha pasado ya ciertas líneas rojas, de forma que no es realista esperar mejorías apreciables, y por tanto sería mejor reformarlo a fondo, o tal vez suprimirlo? Corresponde en última instancia al pueblo español dar la respuesta, pero entre tanto, sugerimos considerar esos cambios sufridos por la jurisdicción constitucional española con un poco más de detalle.

El gran cambio producido en el Tribunal Constitucional español entre 1978 a 2018 se explica bien a través de cuatro ejes o dimensiones del cambio en las que se revelan esas alteraciones.

1. La primera dimensión es la modificación del recurso de amparo³. Pero como el recurso de amparo protege los derechos fundamentales de todos los españoles, y por tanto debería ser accesible a todos, fácil es comprender que la cantidad de recursos de amparo había de ser muy elevada, con los correspondientes problemas de grandes acumulaciones y retrasos que, en la práctica, restringían la protección de los derechos de las personas. Si un recurso judicial está abierto a 45 millones de españoles, pero sólo lo puede resolver un tribunal, inevitablemente llegará un momento en que se produzca un cuello de botella. Por este motivo, en 2007 se reformó la ley orgánica reguladora del Tribunal Constitucional español (LOTIC)⁴,

La frase añadida da al Tribunal Constitucional una especie de versión ibérica del *certiorari* americano, con lo cual, desde 2007 el Tribunal viene admitiendo a trámite muchas menos solicitudes de amparo, y el retraso en la resolución de los recursos que han sido admitidos es mucho menor. Ello no plantearía ningún problema de desprotección si los españoles tuvieran sus derechos fundamentales amparados también por otros tribunales, como en Chile, o ante todos los tribunales, como en

³ Ver el excelente artículo de Pedro J. Tenorio Sánchez, “¿Qué fue del Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional?”, *Revista de Derecho Político* 101, 2018, págs 701-738; así como la bibliografía allí citada. El autor es crítico pero favorable, en conjunto, al TC español.

⁴ En su nueva redacción, dice: “El recurso de amparo constitucional se iniciará mediante demanda en la que se expondrán con claridad y concisión los hechos que la fundamenten, se citarán los preceptos constitucionales que se estimen infringidos y se fijará con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado. *En todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso*” (art. 49.1; frase en cursiva añadida en 2007).

Estados Unidos. Pero al no ser es así, los derechos fundamentales de las personas podrían ver su protección disminuida, pues, en la práctica, para el litigante medio, es como si la posibilidad de recurrir en amparo —que nunca fue fácil ni barata—, se ha reducido mucho. Si bien está fuera de duda que la nueva jurisdicción constitucional internacional nunca monopolizaría la protección de derechos fundamentales individuales en todo el mundo, no es menos cierto que si sólo hay un tribunal de esa clase en todo el mundo, los atascos y retrasos pueden darse por seguros, y “justicia lenta no es justicia”.

2. La segunda dimensión del cambio es la politización del Tribunal español, muy visible en los últimos años, pero no enteramente nueva, pues el sistema de nombramiento de los jueces por los partidos políticos, sumado a los escasos filtros y garantías⁵, no permitía presagiar otra cosa. Los partidos políticos han dado lugar a una disminución del prestigio del Tribunal, generando, además, un círculo vicioso, pues si un partido coloca a personas muy politizadas o fieles, el partido contrario tampoco tiene ningún motivo para arriesgarse a nombrar personas independientes.

Al plantearse el reciente desafío independentista catalán, la politización ha llegado a tal límite que el Tribunal Constitucional parece, casi abiertamente, un colaborador o brazo del gobierno.

En España, como en muchos otros países, es de rigor hablar del Tribunal Constitucional como un órgano básicamente jurídico y por tanto no directamente político y nunca tan politizado como para que la reacción natural del jurista medio sea no obedecer, o no tomar muy en serio, sus sentencias. Sin embargo, si consultamos un manual elegido al azar, escrito por un politólogo norteamericano, veremos que habla de su Tribunal Supremo (no Constitucional, nótese) como un órgano político. Puede atribuirse eso a la deformación profesional de los politólogos, contraria a la de los juristas, pero otra de las explicaciones es su realismo. Tienden a ser más realistas que nosotros. Hoy, en España, negar el carácter político del Tribunal Constitucional es estar fuera de la realidad. Aparte de la crispación política de los últimos años, en la cual el Tribunal se ha involucrado con escaso disimulo, hay una razón de mayor fondo: las constituciones —incluso las mejores, incluso las que se han mostrado más duraderas, incluso las menos ideológicas— son de naturaleza jurídica y política, en proporción variable según cada caso. ¿Puede garantizarse que el futuro TCI esté razonablemente libre del riesgo de politización? Y, de ser así, ¿tenemos en cuenta que siempre sería más grave la politización de un tribunal regional que la de otro municipal o comarcal; más grave la del tribunal supremo o constitucional de todo el país que la de uno provincial, más grave aun la de un tribunal continental, y más grave que todas la de un tribunal con jurisdicción sobre todo el globo? ¿Qué *checks and balances* contrapesarían y corregirían sus errores, injusticias o excesos de activismo judicial, si los hubiera (y en algún momento los habrá, pues la naturaleza humana es como es)? ¿Quién rompería su monopolio? ¿Quién evitaría la uniformización y el monismo jurídico (y tal vez político, y cultural) que resultaría de tener una sólo línea jurisprudencial para todo el Planeta, como ya está sucediendo, a escala regional, con algún otro alto tribunal supraestatal? (nos referimos a Latinoamérica).

3. Tercer aspecto de la mutación ocurrida en España: hemos pasado de un Tribunal Constitucional que era más o menos un 'ortodoxo legislador negativo' (con cierta función jurisdiccional, sobre todo por vía del recurso de amparo), perteneciente básicamente al poder legislativo, a un tribunal que ahora es parco como legislador

⁵ En Alemania, el *Bundestag* elige a la mitad de los jueces (la otra mitad corresponde al *Bundesrat*) en votación secreta. Tres de los ocho jueces de cada una de las dos salas ('Senados') tienen que ser jueces procedentes de alguno de los supremos tribunales profesionales. En España no hay filtros equivalentes; ni siquiera es secreta la votación.

negativo pero marcadamente jurisdiccional y, como hemos dicho, altamente politizado —y es más perturbadora la politización de un órgano jurisdiccional que la de un legislador negativo—. El texto constitucional español marcaba, incluso físicamente, la distancia entre Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, legislación negativa y jurisdicción ordinaria, y en el terreno de la segunda, consagraba inequívocamente la supremacía del Supremo⁶.

Ciertamente, el modelo originario —la propia idea de un TC— ya contenía gérmenes problemáticos, pues la propia Constitución, por su expansividad y por ser cúspide de pirámide, puede favorecer la invasión de las restantes jurisdicciones. De por sí, la suma de su supremacía —que es lógica—, más unos mandatos constitucionales amplios, siempre tenderá a extender los dominios de la jurisdicción constitucional, incluso sin cambios en las leyes y reglamentos reguladores, como los mencionados. Huelga decir que esto no será así, o en menor grado, si la Constitución es corta y concreta, si contiene pocos valores, si su listado de derechos es sobrio y si el recurso de amparo (o equivalente) no es monopolio del tribunal jurisdiccional. Por tanto, en el caso español, era previsible *ab initio* un cierto grado de conflictividad con el Tribunal Supremo, pero aun así, en conjunto, en 1978 veíamos el TC como una importación avalada por el prestigio alemán, que daba pie para esperar alguna tormenta más o menos llevadera, pero no la mutación actual.

Hoy, el TC es un tribunal jurisdiccional cuyas sentencias son títulos ejecutivos, que tiene competencia sancionatoria, impone multas a personas individuales (hasta de 12.000 euros diarios las impuso a unos líderes catalanes en 2017) y se ocupa de la ejecución de sus propias sentencias, incluyendo la ejecución sustitutoria de lo sentenciado por él. En este punto fue clave la reforma de la dicha LOTC de 2015 (arts. 87 a 92), impulsada por el Gobierno para combatir el independentismo catalán, y por tanto tan política como jurídica (si es que no más) desde su concepción⁷. El Tribunal español aparece aquí como un órgano casi abiertamente político, y del que se espera una actuación de naturaleza ejecutiva si llega el caso.

¿Estará el futuro TCI vacunado contra el riesgo de mutación? Al no ser un tribunal de un estado, los problemas que se den nunca serán idénticos a los de España,

⁶ Arts. 117.3 y 5, 123.1 (título VI, “Del Poder Judicial”); 161.1 y 2 (tít. IX, “Del Tribunal Constitucional”).

⁷ Reproducimos lo más destacable: “1. Todos los poderes públicos están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal Constitucional resuelva. En particular, el Tribunal Constitucional podrá acordar la notificación personal de sus resoluciones a cualquier autoridad o empleado público [...]. 2. Los Juzgados y Tribunales prestarán con carácter preferente y urgente al Tribunal Constitucional el auxilio jurisdiccional que éste solicite. A estos efectos, las sentencias y resoluciones del Tribunal Constitucional tendrán la consideración de títulos ejecutivos. 92. 1: El Tribunal Constitucional velará por el cumplimiento efectivo de sus resoluciones. Podrá disponer en la sentencia, o en la resolución, o en actos posteriores, quién ha de ejecutarla, las medidas de ejecución necesarias y, en su caso, resolver las incidencias de la ejecución. Podrá también declarar la nulidad de cualesquiera resoluciones que contravengan las dictadas en el ejercicio de su jurisdicción, con ocasión de la ejecución de éstas, [...]. 2. El Tribunal podrá recabar el auxilio de cualquiera de las administraciones y poderes públicos para garantizar la efectividad de sus resoluciones que lo prestarán con carácter preferente y urgente. [...] 4. En caso de advertirse que una resolución dictada en el ejercicio de su jurisdicción pudiera estar siendo incumplida, el Tribunal, de oficio o a instancia de alguna de las partes [...], requerirá a las instituciones, autoridades, empleados públicos o particulares a quienes corresponda llevar a cabo su cumplimiento para que en el plazo que se les fije informen al respecto. [...] si el Tribunal apreciase el incumplimiento total o parcial de su resolución, podrá adoptar cualesquiera de las medidas siguientes: a) Imponer multa coercitiva de tres mil a treinta mil euros a las autoridades, empleados públicos o particulares que incumplieren las resoluciones del Tribunal, pudiendo reiterar la multa hasta el cumplimiento íntegro de lo mandado. b) Acordar la suspensión en sus funciones de las autoridades o empleados públicos [...] c) La ejecución sustitutoria de las resoluciones recaídas en los procesos constitucionales [...]”.

pero en el fondo no se trata de una cuestión imaginaria. ¿Qué garantía hay de que se mantenga básicamente fiel al diseño original? Ciertamente, no estará bajo un gobierno y un parlamento como los de España; no estará bajo una ley como la LOTC española, y nunca se encargará de ejecutar cuestiones por sí mismo, pero probablemente esté administrado por alguna agencia como las de las Naciones Unidas, que dictará autónomamente los reglamentos de procedimiento del tribunal, controlará su presupuesto e influirá en los nombramientos de los jueces. Vemos a diario cómo algunas agencias de la ONU, aún sin un mandato claro, toman decisiones que presentan como Derecho Internacional en vigor, tal vez pasando por una fase de *soft law*. De acuerdo con la postura prudencial que venimos sosteniendo, en caso de ser creado el TCI, nos conformaríamos con que funcionara sólo razonablemente bien, e incluso razonablemente mal; que no estuviera politizado o no demasiado politizado, y cuyo futura vida y desarrollo no quedasen en manos de órganos invisibles para el ciudadano medio, pero, ¿qué garantía no total, pero sí razonable, tenemos de eso?

La experiencia española enseña que hacer una constitución, o un tribunal constitucional, no es solucionar un problema para siempre sino que es más parecido a tomar eso que acabamos de crear y ponerlo en manos de los operadores jurídicos y políticos que administran el día a día de esa constitución o de ese alto órgano jurisdiccional. El Tribunal español escapó de las manos del poder constituyente de 1978 y quedó en manos del legislador, que puede reformar la citada LOTC siempre que reúna una mayoría parlamentaria suficiente. Y el TCI no permanecerá como haya sido perfilado por el tratado o instrumento internacional que lo cree, sino que pasará a manos de los jueces, de quienes nombren a los jueces, del microcosmos social que se forme en torno a él (en el que se generará una cultura jurídico constitucional determinada, y no otra) y de los diversos organismos que puedan influir en su vida ordinaria. Por ejemplo, hemos hablado de los filtros alemanes para nombrar a los miembros del Tribunal Constitucional Federal, y que España no tiene. ¿Se prevé algún filtro serio, y que al mismo tiempo funcione en la práctica, para el TCI?

4. El cuarto eje del cambio español cambio sería “vertical” y relacionado con la integración europea: en 1978 el TC se sentaba en la cumbre soberana de una pirámide más o menos kelseniana como ‘señor del ordenamiento jurídico’ español (en sentido zagrebelskiano); en 2018 parecería más bien estar en un sistema de gobernación multinivel, oficiando como de tribunal supremo de un estado libre asociado, o de un estado confederado, o de un protectorado, o de un estado federado que gozase de un gran autogobierno. Otros tribunales constitucionales europeos han mostrado mayor independencia respecto de Europa, y no sólo el de Karlsruhe o el de Polonia, sino incluso el portugués en varias sentencias pronunciadas sobre la constitucionalidad de las duras medidas anti-crisis. Ciertamente, en la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional español acerca del Tratado Constitucional europeo⁸, así como en el caso *Melloni*⁹, hay pistas para alguna mayor independencia, pero de momento, no son suficientes como para modificar este juicio. Hoy, casi nadie pretende que todo el Derecho español vigente se derive de la Constitución, ni que forme una pirámide, ni que ésta sea auto-contenida, ni que en su cúspide se sienta sólo el Tribunal Constitucional. Éste, por su parte, oficialmente no considera al Derecho europeo como parte de la Constitución española, ni del bloque de la constitucionalidad (art. 28.2 LOTC) pero, en general, creemos que no vela debidamente por la justa autonomía de la Constitución española ni del ordenamiento jurídico español respecto del Derecho europeo, originario o derivado; no muestra suficiente independencia allí donde no sólo la Constitución, sino incluso los Tratados europeos, darían base para ello.

⁸ F. j. 4 *in fine*.

⁹ 2014; f.j. 3

Este eje de la transformación es bastante conocido y está bastante aceptado — al menos mientras el nivel de euroescepticismo no suba más en España—, por lo que no nos extenderemos. Pero es no podemos dejar de preguntarnos si ese proceso de “secundarización” del primero y más alto tribunal español se vería agravado, o por el contrario, enmendado, por un nuevo TCI.

TCI y constitucionalismo multinivel

Para estudiar este aspecto, los juristas deberíamos no adoptar, pero sí tener presente los enfoques de los politólogos y su consideración de ciertas altas jurisdicciones como órganos parcialmente políticos, especialmente cuando son altas jurisdicciones supra-estatales: órganos de poder —no sólo de *auctoritas*— que habitan en un mundo político, toman decisiones de gran relevancia política y están a su vez sometidos a tensiones políticas; órganos que desempeñan sus funciones en un mundo en el que hay influencias, parcialidades, intereses y presiones (como en cualquier lugar), y en el que la ley de hierro de las oligarquías no dejará de cumplirse, como en cualquier lugar. El buen *constitution framer*, como el buen legislador, no puede ignorar los riesgos que son previsibles ya ahora mismo, como no la ignoraron en su momento los *Framers* norteamericanos.

¿Qué posibilidades hay de que un país pequeño y pobre pese tanto en el futuro TCI como un gran país del primer mundo, o como China? ¿Qué posibilidades hay de que algún día el TCI invalide por no democrático el proceso de nombramiento del jefe de gobierno de China? (como se sabe, el control sobre la limpieza de las elecciones fue una de las cuestiones que llevó a Moncef Marzouki a proclamar la necesidad de un TCI).

Los tribunales constitucionales, si justifican el adjetivo “constitucionales”, si en algo se diferencian de los tribunales ordinarios, es porque tienen tras sí (o tenían en 1978, cuando había sólo un puñado) una manera de ver el Derecho y sus fuentes (una pirámide compacta con su *norma normarum*), una preferencia por una de ellas (la Constitución escrita), y una especial relación entre la Constitución y resto del Derecho no-constitucional (según la cual no podría existir Derecho vigente alguno que no fuese directa o indirectamente constitucional). Es cierto que muchos tribunales constitucionales de los actualmente existentes no son muy kelsenianos, pero —repetamos— si llevan la calificación de constitucionales con propiedad, es porque no son como los tribunales de justicia ordinarios. De esa manera, los tribunales constitucionales, en principio y tendencialmente, no son lo mejor para fomentar un paisaje jurídico-constitucional pluralista y multinivel, con los diversos niveles vivos. Para ese fin, y si realmente fueran necesarios, sería mejor unos tribunales ordinarios (en plural) *ad hoc*, sectoriales, inconexos entre ellos y creados por varias organizaciones diferentes, o bien directamente por los estados firmantes, y que se disolvieran una vez resuelto el problema que justificó su creación. Sin duda que si funciona bien, el TCI será una buena cosa; si, por el contrario, se politiza, se excede en sus funciones, practica el activismo judicial y no respeta la autonomía de las constituciones y jurisdicciones constitucionales inferiores, el juicio no sería positivo.

Un tribunal que merezca el adjetivo “constitucional” tiene que tener tras de sí una constitución —y más cosas: una sociedad con vida política y jurídica, un pueblo que vota, unas instituciones, una cultura constitucional, un cuerpo de leyes, jurisprudencia, costumbres y principios...—. No es fácil que un tribunal constitucional aterrice desde arriba, creado *from top to bottom*, por así decirlo, como una planta sin tierra, o con poca tierra, e inmediatamente comience a funcionar satisfactoriamente.

Decimos que el posible TCI no tiene que necesariamente un estado, pero sí —aunque no esté formalizada, aunque no esté completa, aunque sea *sui generis*— una

constitución material. Ése fue el caso de la Unión Europea, cuya dimensión constitucional, al principio mínima o casi inexistente, nadie niega hoy. Detengámonos en esto y preguntémos: el proyectado TCI, ¿responde a una constitución? De momento, no. Los instrumentos internacionales que, según los defensores del proyecto, van a officiar como de cuasi-constitución que el TCI aplicaría¹⁰, no forman una constitución, ni siquiera *lato sensu*. Pero en todo caso, y aun suponiendo que lo fueran, o que con el tiempo llegasen a serlo —como sucedió con los Tratados europeos—, procede ahora considerar los problemas que se plantean cuando coexisten varias constituciones en un mundo multinivel y multiconstitucional, servidas por los respectivos tribunales, dictando las correspondientes jurisprudencias.

Una constitución nacional de naturaleza abierta e insertada en un constitucionalismo multinivel —inserta en la europea por un lado y en la mundial por otro— abre la puerta a dos problemas: el de la identidad constitucional y el del control de constitucionalidad/convencionalidad, que sería el caso que nos ocupa, pues la pretendida constitución estaría formada básicamente por tratados. El constitucionalismo multinivel significa que una constitución puede tener por encima uno o tal vez dos niveles formal o materialmente constitucionales¹¹, con las consiguientes tensiones en la relación entre esas constituciones de diferentes niveles y en sus correspondientes jurisdicciones constitucionales. ¿Cuál predomina sobre cuál? ¿Siempre? ¿En qué circunstancias? ¿A cuál deben reconocer primacía los jueces constitucionales españoles, por ejemplo? ¿Deberán los tribunales nacionales controlar su constitución y su legislación tomando como parámetro los tratados internacionales del TCI, convirtiéndose así en servidores del TCI más que de su propia constitución?

Cualquier constitución, alta o baja, corta o larga, por abierta que sea (y deberían serlo todas) tiene unas partes más importantes que otras, estén o no formalmente etiquetadas como núcleo duro o definición de identidad. Y esas partes más importantes —a veces, fundantes—son “más constitucionales” (si se puede hablar así) que el resto y merecen un respeto especial. Además, a poco que esa constitución dure y sea un documento vivo, irá desarrollando una identidad constitucional, que en el caso de las constituciones viejas, como la británica y la norteamericana, es muy clara, e incluso es clara también en algunas no tan viejas, como la alemana de 1949, tan influyente en el último constitucionalismo europeo y latinoamericano. Es dudoso que un tratado o pacto internacional de derechos, incluso “constitucionalizado” como defienden los promotores del TCI, pero concluído sin otra legitimidad democrática que haber sido aprobado al amparo de la soberanía originaria de esa constitución sobre la cual quizá pretende imponerse ahora, pueda legítimamente hacerlo. Si los aspectos fundacionales, nucleares o básicos de las constituciones de los estados pactantes son indisponibles para los jueces y legisladores nacionales, con más razón lo serán para los jueces o legisladores continentales o mundiales, todavía más alejados del pueblo

¹⁰ General Presentation of the Project for the Establishment of an International Constitutional Court, cap. III, III: “*The Court applies the principles and rules relating to democracy and universal and regional civil liberties, including the relevant provisions of the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on Civil and Political the Treaty on European Union, the European Convention on Human Rights, the Charter of the Organization of American States, the American Convention on Human Rights, the Inter-American Democratic the Constitutive Act of the African Union and the "Harare Principles" which were agreed at the Meeting of Heads of Government of Commonwealth Countries on 20th October 1991*”. Ese conjunto de principios y documentos (llama la atención la ausencia de jurisprudencia) no forma un conjunto equilibrado ni cohesionado. Por no decir más, los principios de la democracia y de los derechos están abiertos hoy a mucha discusión y son interpretados de forma muy distinta por tirios que por troyanos. El consenso de 1948 hace decenios que no existe.

¹¹ Por ejemplo, en Baviera estaría en primer lugar la Constitución del Estado Libre de Baviera, a continuación la Ley Fundamental alemana, después la constitución no codificada de la Unión Europea, y por último la real o supuesta constitución mundial. Cuatro niveles constitucionales, por tanto.

español, único titular originario de la soberanía. En otras palabras: al amparo de la Ley Fundamental de Alemania nunca podrán llegar a tener vigor en territorio alemán unas normas o sentencias originadas fuera de Alemania que ataquen el núcleo duro de esa Ley Fundamental. (No por casualidad, esta postura evoca la del Tribunal de Karlsruhe).

Es indudable que en la constitución real o material entran muchas más cosas que su texto oficial, y en un constitucionalismo multinivel entrarán algunas partes de diversos pactos o tratados internacionales (pero nunca todas las partes de todos los tratados). Si, como señalamos, esos tratados o convenciones deben su existencia a la autorización y legitimidad de la constitución nacional, sólo mientras la respeten podrán tener vigor en el estado firmante; de lo contrario se produciría un perturbador *overstretching* que resultaría en *ultra vires*. Por otra parte, es evidente que las convenciones y tratados son leyes posteriores a las constituciones (lo que sugeriría que *lex posterior derogat anteriori*) y superiores en un sentido casi físico, pues están más altas (lo que sugeriría que *lex superior derogat inferiori*), pero no son las originarias, no son las fundantes ni delegantes, y para el Derecho constitucional es más importante el delegante que el delegado, el representado que el representante, el pueblo que las instituciones. La constitución delegante tiene más legitimidad que la delegada, aunque ésta sea superior, por lo que no se aplicarán mecánicamente los principios *lex superior derogat inferiori* ni *lex posterior derogat anteriori*. Tampoco son más democráticas, ni tienen competencia general sino sólo sobre lo que le haya atribuido la constitución nacional delegante. Por todo ello, es discutible que un tratado o convención, y menos aun los jueces que lo adjudican, pueda obligar, ni siquiera indirectamente, a la reforma constitucional de una constitución nacional. En buena lógica democrática y constitucional, los jueces nacionales no deben preferir norma ni tratado alguno a su constitución (salvo por expresa permisión de ésta y allí donde lo permite), al amparo de la cual desarrollan su tarea de adjudicar (especialmente los jueces constitucionales, cuya existencia se debe enteramente a su constitución), y a la cual están obligados a servir. En la práctica, la solución dependerá de las leyes en juego en cada litigio y de las competencias de cada jurisdicción. Como norma general, los jueces nacionales no tienen que ser siempre los instrumentos inanimados ni “las manos y pies” de los jueces supranacionales, como a menudo hacen en Europa, con excepciones como los jueces alemanes (y algunos otros). Es como un federalismo jurisdiccional en el cual el planteamiento deberá ser más “dual” (cada uno se ocupa de lo suyo) que “cooperativo” (todos cooperan, pero la dirección se marca desde arriba).

En un sistema multiconstitucional, a la larga, y si el constitucionalismo goza de razonable salud, habrá tantas identidades constitucionales como constituciones, y todas deberán ser respetadas. En nuestros días, y con independencia de que seamos germanófilos o no, es inevitable volver al caso alemán, que es uno de los más claros. Su famoso artículo 79.3¹² protege contra toda posible reforma constitucional a ciertas materias, como el federalismo y los derechos. Además, su Tribunal Constitucional, en la famosa sentencia sobre el Tratado de Lisboa, ha enumerado las materias que, avance lo que avance la integración, son intransferibles a la Unión Europea, entre ellas el régimen de la nacionalidad, el monopolio de la fuerza, el derecho penal, la lengua, la familia, el régimen de las confesiones religiosas y ciertas libertades públicas¹³. No parece exagerado colegir que si esas materias no pueden ser transferidas a Bruselas, a pesar de lo avanzada que está la integración y de lo abarcadora que es desde el punto de vista de las materias, menos aun podrán serlo a un nuevo TCI mundial

¹² En el original: “Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig”.

¹³ Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* de 30 de junio de 2009.

especializado en un número limitado de materias. Cabe preguntarse: ¿ni siquiera si un tratado válidamente aprobado en Alemania lo permitiera? La respuesta correcta es que ni siquiera entonces, porque el gobierno y el parlamento alemanes, que hacen y ratifican los tratados, no son los titulares de la soberanía originaria ni los dueños de la constitución, y por tanto no pueden legítimamente enajenarla (de ahí el argumento de Stith polemizando con Weiler¹⁴).

Conclusión: evitar que el multiconstitucionalismo dé paso al monoconstitucionalismo

En un multiconstitucionalismo con unas constituciones más altas que otras se corren varios riesgos: que las constituciones más altas, y las jurisdicciones que las administran, “desvitalicen” a las medias e inferiores, aun respetándolas formalmente; que *de facto* el poder constituyente —la capacidad de modificar la magna carta— se desplace del pueblo a los más altos jueces internacionales, que estos jueces terminen estando sobre todos los ordenamientos jurídicos y sobre todas las constituciones, y que por vía de hecho se produzca algo así como un “gobierno de los jueces”. Para que eso suceda no hace falta nada especial: con que no se haga un serio esfuerzo para preservar la integridad constitucional de las magnas cartas nacionales, la inercia misma de la vida económica y política y la tendencia a la concentración del poder, conducirán a ese resultado. Pero ese resultado terminaría siendo negativo para el multiconstitucionalismo, que dejará de ser realmente “multi”, pues no habría más que una constitución auténtica y digna de ese nombre, la más alta; las demás se limitarían, en la práctica, a leyes secundarias, correas de transmisión, normas validadoras o reliquias a las que se ha extraído su savia. En la Unión Europea tenemos experiencia de que si el poder central europeo abusa, tendencialmente acabará por des-sustancializar los poderes nacionales y sub-nacionales. En España, país regionalizado (aunque no propiamente federal), la nueva recentralización sigue precisamente la estrategia de privar a las comunidades autónomas de contenido real y absorber todo el poder de decisión sin suprimirlas. No sin razón decía Montesquieu que la libertad, la democracia y la limitación del poder no son naturales como la lluvia, sino que hay que trabajar por ellas. Y eso es igual de aplicable al futuro TCI. Si toda concentración de poder es odiosa para el constitucionalismo, más aun la que se produzca en la cúspide del globo terráqueo entero.

Recordemos la distinción entre decisión y ejecución. Para que el constitucionalismo multinivel sea realmente *multinivel*, es necesario que los niveles intermedios e inferiores no queden vacíos de contenido real o reducidos a instancias básicamente administrativas, ejecutoras de lo decidido por otros poderes.

Recebido para publicação em 07-09-18; aceito em 08-10-18

¹⁴ Richard Stith y Joseph Weiler, *Dos Visiones Norteamericanas de la Jurisdicción Constitucional Europea*, U. de Santiago de Compostela, 2000, págs. 45-56. Si alguien no es dueño de la Torre Eiffel, por escrupulosamente que se efectúen los procedimientos de compraventa, no podrá venderla. “Un tribunal que actúe con tales anteojeras [dar por supuesto que quienes han enajenado la soberanía o algunas importantes competencias nacionales, estaban legitimados para hacerlo] debe saber que está adjudicando sólo derechos internacionales, no internos; igual que un tribunal que actuara bajo la anterior presunción de la propiedad de la Torre Eiffel sabría que no estaba decidiendo la propiedad real” (pág. 56).