

Clemente Checa  
González, *EL SISTEMA  
TRIBUTARIO LOCAL*,  
Navarra, Aranzadi,  
2001, 145 pp.

por Gabriela Crespo  
Irigoyen\*

Una buena Ley reguladora del sistema tributario local debe dar cumplida respuesta a una serie de cuestiones de notoria importancia y trascendencia, y entre ellas, básicamente a dos, que son, sin orden de prioridad, por una parte la de satisfacer las exigencias derivadas del principio de suficiencia financiera, proporcionando recursos bastantes, tanto cualitativa como cuantitativamente a las Corporaciones locales; y, por otra parte, la de adecuarse con la mayor precisión y rigor posibles a las exigencias de los principios constitu-

cionales incidentes en la materia tributaria tanto con carácter sustantivo, primordialmente el de capacidad económica, como de índole formal.

De esta forma inicia su estudio el doctor Clemente Checa González, quien, a lo largo del texto en comento, desarrolla de manera clara ambos puntos tratando de poner al alcance los estudiosos lo que debería contener una futura Ley reguladora de las Haciendas Locales.

Primero la Ley 39/ 1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas-Locales, constituye la más actualizada propuesta del legislado, que ha omitido hacer las modificaciones necesarias para adecuarla a nuestro tiempo, ya que, frente a los avances y el desarrollo en este nuevo milenio, requiere mayor abundamiento que las pasadas adecuaciones correspondientes en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, así como las subsiguientes leyes de acompañamiento.

A lo largo del desarrollo del trabajo presentado por el doctor Checa González, hace referencia a las diversas modificaciones que las leyes relacionadas con las Haciendas locales han tenido, como el Estatuto Municipal de Calvo Sotelo de 8 de marzo de 1924, donde se regulaban contribuciones y tasas principalmente sobre el consumo. Posteriormente, existieron diversos ordenamientos por citar de los años 1945, 1953, 1962, 1979, etc.; por lo que antes de la Constitución han sido numerosos los intentos de reforma, pero a la vez insuficientes para contribuir a resolver los problemas financieros de la hacienda local. Por ello la actual legislación de 1988 contribuye de la mejor manera posible a cubrir esos vacíos existentes, pero a la vez cuenta con lagunas que día a día se solventan, contando con el apoyo decidido de los diversos sectores de la sociedad.

---

\* Docente de la Universidad de Salamanca.

Checa González indica que las últimas reformas a las leyes, como por ejemplo a la Ley 25/1998, de 13 de julio, de Modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales y de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público o, como la Ley 50/ 1998, de 30 de diciembre, sobre Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, han hecho al respecto únicamente algunos puntos pero sin cubrir con las necesidades de los beneficiados por ejemplo:

1. En la ley 25/1998, su objetivo: regular las tasas y precios públicos locales que quedaron de manifiesto a raíz de la sentencia constitucional 185/ 1995,<sup>1</sup> que declaró inconstitucionales diversos preceptos y conceptos de la Ley 8/ 1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos.
2. En relación a la Ley 50/ 1998, su finalidad fue la de mejorar técnicamente determinados aspectos del régimen legal del sistema tributario local, a la par de profundizar en la autonomía local, circunstancia ésta que es la de mayor contenido en la reforma, pero no se otorga cumplida respuesta a las exigencias del principio de suficiencia financiera.

De cualquier forma hay mucho por hacer recalca el doctor Checa González, pues la vigente Ley de Haciendas Locales (LHL) debe de servir de base para la creación de una nueva ley reguladora del sistema tributario local.

El autor, afirma que la polémica relacionada con la factibilidad de que las corporaciones locales puedan o no fijar libremente los tipos de gravamen de sus propios impuestos, es decir, la necesidad de una autonomía local es muy importante. Esta idea se incluyó en una sentencia de la audiencia nacional de 6 de febrero de 1998, no. 278, misma que se resume “en la capacidad de las Entidades Locales para gobernar sus propias Haciendas involucrando a las corporaciones municipales en el proceso de obtención y administración de sus recursos”.

En contra de la misma se encuentra, sin embargo, el contenido y alcance del principio de reserva de ley en materia tributaria, siempre que se entienda que la fijación del tipo de gravamen está cubierta por este principio, pues existen ciertas discrepancias doctrinales, pues la alícuota tributaria no debe de ser fijada por la ley, pues deben ser las Corporaciones Locales las que tomen tal decisión, en ejercicio de su autonomía y en atención a las circunstancias propias de su Hacienda.

Hay que en cuenta que la corrección de la situación de insuficiencia financiera de las Haciendas Locales no puede venir, o al menos no exclusivamente, por una interven-

---

1. Tipo: Sentencia referencia-numero: 185/1995. Fecha-aprobación: 14-12-1995, publicación-BOE: 12-01-1996 [«BOE» núm. 11] Resolución-afectada: Ley 8/1989, de 13 de abril. Tasas y precios públicos. Artículo 24.1 a), b) y c). SALA: Pleno: Excmos. Sres. Rodríguez, Gabaldón, García-Mon, Gimeno, De Mendizábal, González, Cruz, Viver, Ruiz, Jiménez De Parga, Delgado y Vives. número-registro: 1.405/1989, Ponente: D. Carles Viver Pi-Sunyer. Recurso de inconstitucionalidad.

ción normativa por parte del legislador, en vista de que las soluciones normativas se han revelado estériles, ya que de otro modo no se entendería tal proliferación de normas dictadas al respecto. Para modificar esta situación sería necesario todo un cambio de mentalidad, una acusada transformación de las bases en las que se asienta el Estado de Bienestar, el Estado Protector o el Estado Providencia. Este modelo de Estado es generador, por su misma esencia y por los propios presupuestos institucionales en los que se asienta, de un creciente e imparable aumento de los gastos públicos.

En un tema tan polémico como éste, la interrogante que surge es: ¿por dónde empezar a recortar ese déficit? ¿Por qué punto comenzar a atajar ese problema? La respuesta a esta cuestión es ciertamente compleja, por lo que parece indudablemente necesario poner un límite a la demanda de gastos sociales, y a su subsiguiente atención por parte de los poderes públicos.

De esta manera se conseguiría, al centrar los esfuerzos y los recursos disponibles para este fin, que las necesidades reales y efectivas pudiesen ser realmente solventadas con eficacia. Ello constituiría, además, el poder actuar selectivamente, con auténtica solidaridad y real justicia distributiva. Lo ahora existente de intentar contentar a todos, a la larga, deja ciertamente insatisfechos a esos mismos, sin que la situación de los que en justicia precisan de ayuda mejore en grado apreciable, al difuminarse los beneficios de los gastos sociales en una pluralidad heterogénea de personas.

Por ello resulta relevante el empleo de las expresiones, dejar cierta libertad a los entes locales y adecuar de modo parcial la cuantía impositiva a las necesidades de financiación de las Haciendas locales, pero nos encontramos ante la interrogante sobre si la tarea realizada ha sido la adecuada. Se debería ser más flexible sobre estas opiniones, ya que, como nos indica Ferreiro Lapatza, la doctrina marcada por el Tribunal Constitucional, en relación a la materia que nos ocupa, ha sido demasiado rígida y formalista, de tendencia centralista, ya que las ordenanzas municipales responden directa e inmediatamente como la ley, y sirven para hacer efectivo el principio de autoimposición, mismo que trae consigo la existencia de una diferencia entre las ordenanzas y los Reglamentos emanados del ejecutivo estatal o autonómico, pues sería con arreglo a la ley tal y como dicta la Constitución Española (CE) en su artículo 31.3.

El principio de capacidad económica constituye la verdadera estrella polar del tributarista. Como afirma el autor, no puede ser entendido como el criterio material y único de justicia en la esfera tributaria, pues bien de acorde con la CE, para conseguir esta eficacia es necesaria la presencia de los principios de igualdad y progresividad, citados en su artículo 31.1, tesis respaldadas también por estudiosos como Palao Taboada, Martín Delgado, Casado Ollero, Agulló Agüero, entre otros.

En el Tribunal Constitucional español estas teorías han apuntalado en sentencias tales como la 27/1981 de 20 de julio, en la que el tribunal alineó en una autorizada

corriente doctrinal relacionada con la predicabilidad de los principios tributarios materiales, al menos de los fundamentales, más que a cada categoría tributaria, al conjunto del sistema tributario, pues la CE lo realiza sin agotar ella el principio de justicia en materia contributiva, pues ahí donde el legislador constituyente deja claro que el sistema justo que se proclama no puede separarse, en ningún caso, del principio de progresividad ni del principio de igualdad.

Es este principio el que legitima la acción estrictamente recaudatoria del Estado, sin perjuicio de que otros principios diferentes, que poseen fines distintos, puedan justificar el que en algún caso en específico se excepcione el deber de contribuir. Hoy en día la Administración ha fortalecido descomunadamente su postura en detrimento de los sujetos pasivos, con la anuencia de los tribunales.

Checa González se adscribe a la postura según la cual el principio de capacidad económica implica que, para someterse a gravamen, las manifestaciones de riqueza deben ser reales y efectivas, y no meramente potenciales o presumibles.

De conformidad con el autor, al centrarse en el ámbito de las Haciendas locales, el menoscabo del principio de capacidad económica se evidencia, al gravar la propiedad de los inmuebles, y no su rendimiento, y al incurrir en la duplicidad con el impuesto sobre el patrimonio, pues es contrario al principio de capacidad económica y no confisicatoriedad que se encuentran recogidos en la CE, pero el TC en sentencias como 233/1999, de 16 de diciembre, se contradice y da un punto de vista contrario, pues en la parte medular indica que no se violan los principios aludidos al someter a la propiedad a tributación ni a la coexistencia del impuesto sobre el patrimonio.

Ahora bien, desde un punto de vista fortalecido en la justicia tributaria, nos encontramos ante un impuesto retrógrado y regresivo que vulnera el principio de capacidad económica; por esta razón el doctor Checa González afirma que todos los concretos actos aplicativos del IAE deben de estar ajustados a la noción y a las exigencias derivadas del principio de capacidad económica, por lo que el juicio que merece un impuesto está condicionado por el grado de desarrollo de la técnica tributaria y por los medios de gestión que la Administración dispone. Las razones fundamentales que justifican la subsistencia de un impuesto son puramente recaudatorias y muchas veces son frágiles.

Diversos autores como Sánchez Galiana, Calatrava Escobar, Casana Merino y Rubio de Urquía han escrito que el sujeto pasivo puede invocar el incremento real, en aquellos supuestos en los que el incremento resultante de la aplicación de la tabla de porcentajes sea superior a aquel, puesto que de no ser así se estaría ante una situación en la que la ley, en vez de ordenar realidades, se convierte en instrumento definitivo de la verdad, no pudiendo prevalecer las necesidades de gestión sobre la realidad económica y, mucho menos, sobre los derechos y garantías de los contribuyentes, situación

refrendada inclusive por la sentencia 679/1997 de 26 de mayo emitida por la Comunidad Valenciana.

Dentro del mismo trabajo en comento, el autor toca el tema de la obligatoriedad en la futura norma de mejor atención al principio de seguridad jurídica, en su vertiente de certeza del Derecho aplicable, de lo cual indica al respecto al igual que Villar Escurra, *la exigencia primaria del principio de seguridad jurídica, habiéndose precisado en la Sentencia del Tribunal Constitucional 46/1990 de 15 de marzo, (...) Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no (...) provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de la normas vigentes e incluso cuáles sean éstas.*

Compartimos con el autor la idea expresada por Rodríguez Bereijo, al indicar que la seguridad jurídica contiene una triple dimensión, a saber: como conocimiento y certeza del Derecho positivo, como confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas y en el orden jurídico en general, en cuanto garantes de la paz social, y como previsibilidad de los efectos que se derivan de aplicación de las normas y de las propias acciones o de las conductas de terceros; que muchas veces se encuentran bajo la investidura del principio de confianza legítima.

La postura del Tribunal Constitucional Español ha sido hasta el presente decididamente favorable a entender que los tipos de gravamen de las Corporaciones locales deben establecerse necesariamente mediante Ley, si bien, para salvaguardar la autonomía local, ha señalado que en la fijación de los mismos el legislador debe reconocer a dichos entes una intervención en el establecimiento de los mismos, para lo cual el cauce más idóneo es el de que el legislador establezca una serie de criterios o de límites con relación a las alícuotas tributarias, para que sean después las Corporaciones locales las que decidan, en ejercicio de su autonomía y en atención a las peculiaridades de su Hacienda propia, cuál sea el tipo que, de acuerdo con el marco legal, apliquen en su respectivo ámbito territorial.

En cuanto a este tema, nos indica el autor algo claro de identificar, las tasas, pues resulta muy deficiente la concretización normativa de aquellas que se exigen por la prestación de servicios o realización de actividades en régimen de Derecho Público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al sujeto pasivo.<sup>2</sup>

De donde emanan los requisitos siguientes:

---

2. La ley 25/1998 ha regulado los elementos esenciales de la tasa pro utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público estatal. En el ámbito local el tercer párrafo del artículo 20 de la ley de Haciendas locales establece los supuestos de utilización privativa o de aprovechamiento especial del dominio público local que originan el pago de una tasa, coloca sin un orden taxativo.

1. Que la prestación del servicio o la realización de la actividad venga impuesta por una disposición normativa, legal o reglamentaria.
2. Que el servicio o actividad requerida resulte imprescindible para la vida privada o social del solicitante.
3. Que el servicio o actividad no se preste o se realice por el sector privado, esté o no establecida su reserva a favor del sector público conforme a la normativa vigente.

De esta forma apoyándose en Granizo Labradorero, podemos resumir los puntos relevantes de la sentencia de 14 de diciembre, STC185/1995, o lo citado por el TSJ de la comunidad valenciana en sus sentencias de 20 de enero (JT 1995, 13), 10 de abril (JT 1995, 509) o 23 de abril (JT 1998, 957), aplicarse cuestiones tales como las tasas por vigilancia especial de los establecimientos que lo solicita, por otorgamiento de licencias urbanísticas o por las relacionadas con los documentos que expidan o de que entiendan las Administraciones o autoridades locales a instancia de parte.

Cabe señalar lo que autor indica relacionado con la deseable y necesaria armonización, y adecuada articulación, de los ordenamientos tributarios local y autonómico, que es donde se precisa que el legislador debió de haber dejado más campo de actuación al poder tributario autonómico, ya que se encuentra constreñido a la autoridad estatal y el local.

Por citar las relaciones entre las haciendas autonómica y local, ya que el artículo 6.3 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA) establece una interdicción de la imposición autonómica sobre las materias reservadas a las corporaciones locales, al señalar que las comunidades autónomas podrán establecer y gestionar tributos sobre las materias que la legislación de régimen local reserva a las corporaciones locales, pues en primer lugar los tributos no podrán recaer sobre hechos imponibles gravados por el Estado.

Es inadmisibles encontrar que no indica la LOFCA cuáles sean las materias reservadas a los entes locales, sino que para tan crucial asunto se remite directamente a lo que disponga al efecto una Ley ordinaria, tarea que fue complementada por la Ley de Haciendas Locales (LHL). Por ello esta forma de proceder consistente en que una ley orgánica remita a una ley ordinaria, para que ésta sea la que regule determinados aspectos instrumentales es admisible y sustentado ya por sentencias del Tribunal Constitucional como la Sentencia 137/1986, de 6 de noviembre.

Distinto sería el caso de que el artículo 6.3. LOFCA hubiese sido más preciso, atribuyendo directamente la materia relativa al gravamen de la riqueza inmobiliaria a las corporaciones locales, o fijara parámetros de requisitos y directrices en relación con este asunto.

El autor indica que partiendo de este punto de vista y con base en la interpretación espiritualista del artículo en comento, no se aprecia objeción para que una Comunidad Autónoma no pudiese utilizar como objeto de gravamen alguna de las materias que vienen siendo la base para la exclusiva competencia de los Entes locales. O bien desde una estricta interpretación literal, lo único que conduciría es a consagrar una visión restrictiva del ámbito de actuación y de las posibilidades de financiación de las Comunidades Autónomas, pero que no conllevaría a la defensa de los intereses de las Corporaciones locales, pues éstas seguirían funcionando y ejercitando su capacidad de recaudación.

Por ello, aprovechando los intereses de una futura reforma será interesante contemplar un equilibrio adecuado y conveniente a los intereses tributarios de las Corporaciones Locales y de las Comunidades Autónomas, para que ninguno de ellos tenga que sufrir o padecer a costa de los otros.

Ya en la parte final de la obra el autor señala lo relevante relacionado con la falta de materia de revisión, del cauce económico-administrativo, con carácter general, y a salvo de supuestos concretos. Argumentos en pos de la reimplantación de esta vía y posible forma de articular la misma, con lo que aporta que existe una corriente de pensamiento, cada vez más asentada y acentuada que propugna la reintroducción con carácter potestativo.

Desde el acertado punto de vista del autor, la falta en materia de revisión, del cauce económico-administrativo, con carácter general, y a salvo de supuestos concretos, son argumentos a favor de la reimplantación de esta vía, y la posible forma de articular la misma, y a la vista de la experiencia de años pasados, se hace preciso reintroducir la vía económica-administrativa para que los ciudadanos puedan reclamar contra los actos dictados por las Corporaciones Locales en lo referente a la materia tributaria, eliminando así la situación actualmente vigente en la que únicamente cabe acudir al Tribunal Contencioso (TC) previa interposición de la oportuna reposición, situación ésta que ha supuesto una saturación de los tribunales jurisdiccionales, aparte de originar de esta forma un mayor coste para los promotores, al tener que valerse para ello, si acuden al TC, de abogados y procuradores, lo cual se podría entender como una vulneración del artículo 24 de la CE, al dificultarse el acceso a la justicia.

Por todo ello lo recomendable sería la reimplantación, con carácter general, de la vía económica-administrativa en el ámbito tributario local, logrando de esta forma resolver los inconvenientes que su carácter obligatorio comporta, misma que ha sido objeto de numerosas y acertadas críticas.

La reforma debe profundizar en la reintroducción de órganos que, como sucede en los Tribunales Económico-Administrativos, desarrollen funciones cuasi jurisdiccionales, y no meramente consultivas o preparatorias de la decisión final de otras instancias.

Como indica Checa González, pensar en la creación de unos órganos de resolución de reclamaciones en materia tributaria paritarios, constituidos a partes iguales entre representantes elegidos por parte de los diversos municipios de cada provincia, y representantes elegidos por el Ministerio de Hacienda, debiendo ser el presidente de tales órganos una persona imparcial, para lo cual se podría arbitrar un sistema tendente a conseguir un jurista con el suficiente grado de experiencia, que desarrollarían una verdadera misión resolutoria de conflictos, sin perjuicio, obviamente, de que sus decisiones pudiesen ser impugnadas ante la jurisdicción contencioso-administrativa, a la vista del coste que le supone acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa, se pone de relieve, que en este ámbito no está bien concebida la defensa de los derechos e intereses legítimos de los contribuyentes.

Con esta alternativa se conseguirían todos los objetivos pretendido; una solución para los ciudadanos pronta y expedita, fácil y sin ese coste considerable que acarrea, y, por otra parte, la intervención de este órgano supondría un filtro, eficaz y operativo que facilitaría el desempeño de los órganos jurisdiccionales.

Por todo ello, del juego conjunto de las dos situaciones descritas: recurso de reposición casi siempre desestimado, y allanamiento del recurrente a la decisión del mismo, a la vista del coste que le supone acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa, se pone de relieve que en este ámbito no está bien concebida la defensa de los derechos e intereses legítimos de los contribuyentes. Pero se debe contemplar a criterio potestativo la reimplantación de la vía económico-administrativa.

Gustavo Zagrebelsky,  
*PRINCIPIOS Y VOTOS. EL  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
Y LA POLÍTICA*, traducción  
de Manuel Martínez  
Neira, Madrid, Trotta,  
2008, 112 pp.

por Miguel Carbonell\*

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. En Estados Unidos la biografía judicial (o la autobiografía) es casi un género literario por sí mismo. Son muy conocidas las biografías de los jueces más renombrados de su historia, como John Marshall, Oliver Wendell Holmes, Hugo Black, William O. Douglas, Earl Warren, Félix Frankfurter, William Brennan, Harry Blackmun o Sandra Day O'Connor. No existe nada parecido a eso en el derecho de los países latinos. No lo hay

en Italia, ni en Francia, Alemania, España o en América Latina.

Por eso debe saludarse el hecho de que Gustavo Zagrebelsky, el eminente juez de la Corte Constitucional italiana y uno de los teóricos más influyentes del movimiento *neconstitucionalista*, haya publicado un pequeño libro de reflexiones a partir de su desempeño en la judicatura.<sup>1</sup> No se trata de una autobiografía, sino de la exposición de sus percepciones sobre el papel del juez y el lugar de las cortes constitucionales dentro de los sistemas democráticos. El libro tiene por objeto, en palabras del autor, ofrecer a los lectores “el recuerdo de una experiencia que he tenido la fortuna de vivir junto a los colegas con los que he compartido el trabajo y la fatiga, las jornadas y las tensiones de nueve años”.

Llama la atención Zagrebelsky sobre un hecho que acontece no solamente en Italia, sino en casi todos los países de la tradición romano-germánica: pese a la importante posición institucional que tiene la Corte Constitucional en Italia, es una de las instituciones menos conocidas por los ciudadanos. Lo mismo sucede en México con nuestra Corte Suprema, cuyos integrantes son desconocidos para gran parte de la opinión pública nacional, pese a que todos los días toman decisiones vitales sobre nuestros derechos fundamentales o sobre la configuración presente y futura de la democracia mexicana.

También apunta nuestro autor la aparente paradoja de que la función de la Corte es política, pero no pertenece a la política; tiene mucho que ver con la democracia, pero

\* Investigador de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (IIJ-UNAM) y profesor de la Facultad de Derecho de la misma Universidad. Es especialista en derecho constitucional y derechos fundamentales.

1. Gustavo Zagrebelsky, *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, traducción de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2008, p. 109.

no deriva de ella. Esto en parte es así debido a que la Corte tiene por misión fundamental aplicar la Constitución, que es una norma que contiene todo aquello que no está sujeto a votación alguna. O mejor dicho, la Constitución contiene todo sobre lo que ya no se vota, porque “ha sido votado de una vez por todas en su origen”. La Constitución se sitúa (debe situarse) por encima de la batalla política cotidiana. No puede ser convertida en rehén de ningún partido político y de ningún programa de gobierno. La Constitución configura y supone un patrimonio cultural que debe ser compartido por todos.

Zagrebelsky apunta que la principal función de un texto constitucional es

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... La Constitución fijan en primer lugar el *pactum societatis*, con el cual se acuerdan las condiciones de la convivencia, en ese recíproco respeto que protege del conflicto extremo, es decir, de la guerra civil.

En el ejercicio de la función jurisdiccional que tiene por objeto el control de constitucionalidad de las leyes y demás actos de los poderes públicos se da una paradoja adicional que es discutida por Zagrebelsky en su libro. La Constitución contiene aquello sobre lo que no se vota, pero los jueces la interpretan y la aplican votando a su vez. ¿Se trata de una contradicción?, se pregunta el autor.

Y eso da pie para que nos explique una de las varias cuestiones llamativas o curiosas del funcionamiento de la Corte Constitucional italiana. Los trabajos de sus magistrados son secretos, en el sentido de que no hay audiencias públicas y de que las deliberaciones son a puerta cerrada. Además, a diferencia de la casi totalidad de cortes constitucionales del mundo, no existe la figura de los votos particulares. Todas las decisiones se toman por el cuerpo colegiado como tal, sin que exista la posibilidad de que un magistrado exprese razones concurrentes o disidentes sobre el sentido del fallo.

Zagrebelsky justifica esta peculiaridad aduciendo que de esa forma se proyecta hacia fuera un fuerte sentido de unidad del tribunal. Además, de esa manera se protege la colegialidad de los trabajos de los magistrados al interior de la Corte, ya que saben que no tienen cada uno de ellos voz propia, sino que deben necesariamente hablar como tribunal:

mientras que en otros países los jueces constitucionales están dotados de personalidad propia e individualidad institucional, en Italia los jueces constitucionales —a los que se reconoce la más plena subjetividad dentro del colegio— no son nada fuera del Tribunal. Solo existen como parte del Tribunal... El carácter colegial y unitario del Tribunal asume un particular significado por la ausencia de votos particulares... La razón más profunda hay que buscarla en la exigencia de unidad: uno de los tantos valores de la colegialidad.

Un observador externo, al leer esta justificación, no puede dejar de preguntarse si un tribunal constitucional gana o pierde al no permitirles a sus integrantes expresar desacuerdos o líneas de justificación distintas a las que ofrece la mayoría. La historia nos ofrece abundantes ejemplos en los que se acredita la certera caracterización de Peter Häberle, según la cual los votos disidentes son la jurisprudencia constitucional (alternativa) del futuro.

¿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>2</sup> ¿Qué papel habría 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 Rubio Llorente?<sup>3</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>4</sup> Puede ser que el esquema de hablar con una sola voz haya funcionado en Italia, pero seguramente no se trata de un ejemplo a seguir.

Nos advierte también Zagrebelsky sobre la permanente tentación que tienen algunos jueces constitucionales para abandonar “subrepticamente” ciertos precedentes, sin poner de manifiesto que lo están haciendo y sin ofrecer argumentos que justifiquen el nuevo criterio. Reconoce el autor que “Las contradicciones jurisprudenciales no favorecen la reputación del Tribunal”, pero también señala que la autoridad del propio Tribunal se ve fortalecida cuando un cambio de criterio se adopta expresamente, sin intentar enmascararlo a través “de un uso no objetivo de los precedentes, como si se avergonzase de lo que hace”. Esta advertencia es muy importante, ya que conocemos ejemplos en muchos países de verdaderos *revirements* jurisprudenciales que no se asumen como tales. Algunos jueces deciden abandonar el pasado sin enfrentársele directamente. Quieren crear nueva jurisprudencia metiendo los criterios renovados por la puer-

- 
2. 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.
  3. Ver Pedro Bravo Gala, “Algunas consideraciones obvias acerca de la actividad jurisdiccional del profesor Rubio Llorente”, en *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, t. II, Madrid, CEPC, 2002, pp. 1889 y ss.
  4. José Ramón Cossío Díaz, *Votos*, México, Universidad de Colima, Editorial Laguna, 2006.

ta de atrás de las sentencias. Tenemos ejemplos recientes de esta actitud poco ética en Estados Unidos<sup>5</sup> y en México.

Hay que ser claros en este punto: desde luego que un juez puede cambiar de opinión, incluso un juez del más alto tribunal de un país, un juez que trabaja sobre temas de enorme importancia y cuyas decisiones deben ser calibradas y pensadas hasta el más mínimo detalle. Pero si va a llevar a cabo ese cambio de criterio, debe hacerlo de forma expresa: primero reconociendo que está abandonando un precedente y luego ofreciendo razones que justifiquen, que den fundamento a la nueva interpretación.

Zagrebelsky destaca también en su libro la necesidad de que los jueces constitucionales sean independientes de sí mismos. Se trata de un tema poco explorado, pero sobre el que vale la pena detenerse. Nuestro autor nos recuerda que los jueces constitucionales son hombres y mujeres comunes y corrientes: “No hay nada que diferencie a los jueces del resto de los mortales”. Pero en el desempeño del cargo deben asumir una actitud que no tienen todas las demás personas: deben ser fieles a la Constitución, de tal suerte que el texto constitucional pase a formar parte de sus hábitos mentales y morales.

Nos recuerda Zagrebelsky el caso de un famoso juez de la Corte estadounidense, Félix Frankfurter, quien fue el redactor de la sentencia del caso *Gobitis*, de acuerdo con la cual se permitía sancionar a los niños que no saludaran a la bandera por motivos religiosos. La decisión del caso *Gobitis* desató una ola de ataques contra miembros de los Testigos de Jehová y varios de sus lugares de reunión fueron quemados; en el rechazo a esa violencia y al sentido del fallo, la sociedad norteamericana tomó muy en cuenta la actitud de Hitler manipulando al pueblo alemán para que adorara a su bandera y a los símbolos nazis. La Corte cambió de criterio poco tiempo después, en la sentencia del caso *Barnette*, redactada por el más elocuente juez en toda la historia de la Corte, Robert H. Jackson, quien escribió pasajes verdaderamente memorables en su resolución.<sup>6</sup> Frankfurter escribió entonces un poderoso voto disidente en el que ponía de manifiesto su religión judía y el carácter de perseguidos históricos de sus miembros;

---

5. Ronald Dworkin ha analizado y criticado esta actitud por algunos de los integrantes de la Corte Roberts en Estados Unidos; ver su libro *The Supreme Court phalanx. The court's new right-wing bloc*, New York review books, Nueva York, 2008.

6. En esa sentencia Jackson puso frases como las siguientes: “Quienes comienzan por eliminar por la fuerza la discrepancia terminan pronto por eliminar a los discrepantes. La unificación obligatoria del pensamiento y de la opinión solo obtiene unanimidad en los cementerios... El poder público es el que debe ser controlado por la opinión de los ciudadanos, y no al contrario... Si hay alguna estrella inamovible en nuestra constelación constitucional es que ninguna autoridad pública, tenga la jerarquía que tenga, puede prescribir lo que sea ortodoxo en política, religión, nacionalismo u otros posibles ámbitos de la opinión de los ciudadanos, ni obligarles a manifestar su fe o creencia en dicha ortodoxia, ya sea de palabra o con gestos. No se nos alcanza ninguna circunstancia que pueda ser considerada una excepción a esta regla”.

sin embargo, aseguraba, sus propios sentimientos no podían ponerse por encima de sus deberes como juez constitucional.

Frankfurter afirmó en su voto: “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>7</sup> Es un recordatorio que deberían leer muchos jueces constitucionales, todos los días. Lo que nos dice Frankfurter es que un juez constitucional no está en el cargo para expresar opiniones propias, ni para verter sus prejuicios ideológicos y religiosos en las sentencias que dicta, sino para aplicar la Constitución, que representa su único parámetro de legitimidad y su única fuente de regulación. Nada más que la Constitución puede inspirar sus actos y guiar sus criterios jurídicos.

Zagrebelsky apunta también que la independencia frente a sí mismo debe ser observada cuando un juez cae en la tentación de hacer que sus posturas doctrinales, previamente expresadas en conferencias, artículos o libros, se vuelvan las posturas del tribunal. Es una advertencia que tiene sentido y que nos recuerda, como lo señala también el autor, que el origen profesional de los jueces (como jueces inferiores, catedráticos destacados, funcionarios públicos), no debe marcar su trayectoria jurisdiccional posterior. Todos los jueces superiores tienen un origen muy claro, pero “¿Se puede decir que están en el Tribunal para representar a las categorías profesionales de las que provienen? Ciertamente no”. Su tarea en el Tribunal ni siquiera consiste en representarse a sí mismos.

Finalmente, Zagrebelsky cierra su ensayo recordando que los jueces constitucionales no deben estar atados a lo que les dicte la opinión pública. A lo mejor a veces, muchas veces incluso, deben tomar decisiones impopulares. No deben ceder frente a ningún tipo de presión, una vez que estén convencidos de que están aplicando correctamente el texto de la Constitución. Escribe Zagrebelsky: “Si cedieran a la tentación de recurrir al consenso popular, no solo traicionarían completamente su función sino que se dejarían seducir por cantos de sirena que los conducirían al desastre”. Y nos recuerda una cita bíblica que justifica tal advertencia: “No seguirás a la mayoría para hacer el mal” (*Éxodo*, 23, 2).

Los jueces constitucionales deben militar en el “partido de la Constitución”, el cual se ubica más allá de los partidos políticos. Su ánimo debe estar guiado solamente, todos los días y en todo momento, por la “voluntad de Constitución”, por un compro-

---

7. Los pasajes más interesantes de la sentencia y del voto particular de Frankfurter pueden verse en Miguel Beltrán de Felipe y Julio V. González García, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, CEPC, BOE, Madrid, 2005, pp. 255-262.

miso personal indeclinable de hacer valer en la realidad, frente a todo y frente a todos, lo que ordena la Constitución.

En nuestros días existe un compromiso importante de observar la “obligación de alimentar el deseo de Constitución y de saciarnos”; una obligación que “alcanza a todos”, pero que se refiere “en primer lugar a los jueces constitucionales”. ¿Cómo hacerlo?, se pregunta Zagrebelsky: “a través de la jurisprudencia, una jurisprudencia que no se contemple a sí misma, que sepa hablar con claridad y en general, que no tema proclamar netamente los principios esenciales que la sostienen y argumentar su importancia en la vida civil, para convertirse así en fuerza viva de la historia y de la cultura constitucional”. Esa es la jurisprudencia que aspiramos a tener en México y en buena parte de América Latina. Lo complicado es tendremos que llegar a ella sin poder contar con la fortuna de tener jueces constitucionales como Gustavo Zagrebelsky.