



REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH

VOL. 11 | N. 1 | JANEIRO/ABRIL 2024 | ISSN 2359-5639



La última crisis de legitimidad de la jurisdicción constitucional en España*

The last crisis of legitimacy of the constitutional jurisdiction in Spain

SERGIO MARTÍN GUARDADO ^{1, **}

¹ Universidad de Salamanca (Salamanca, España)

martinguardado@usal.es

<https://orcid.org/0000-0003-0116-5301>

Recibido/Received: 14.06.2023 / 14 June 2023

Aprovado/Approved: 25.04.2024 / 25 April 2024

Resumen

El Tribunal Constitucional afronta una de las mayores crisis de su Historia, por causa de una constante politización del órgano, en función de las justificaciones que se hacen a la hora de designar a los magistrados y, gracias a un ordenamiento jurídico que no requiere de demasiadas exigencias a la hora de desempeñar la función: ser jurista de reconocida competencia y contar con quince años de ejercicio profesional. En este trabajo se pondrá en duda su legitimidad en base a la falta de independencia y neutralidad de sus magistrados y el detrimento constante del carácter colegiado del órgano por las prácticas que tienen lugar en su seno. También, se llegará a sostener que tenemos un Tribunal Constitucional

Abstract

The Constitutional Court is facing one of the biggest crises in its history, due to the constant politicization of the body, based on the justifications that are made when appointing magistrates and, thanks to a legal system that does not require too many requirements when carrying out the function: be a lawyer of recognized competence and have fifteen years of professional practice. In this work, its legitimacy will be questioned based on the lack of independence and neutrality of its magistrates and the constant detriment of the collegiate nature of the body due to the practices that take place within it. Also, it will come to be argued that we have a dysfunctional Constitutional Court due to the past personal situations of its magistrates, both political and

Como citar esse artigo/How to cite this article: MARTÍN GUARDADO, Sergio. La última crisis de legitimidad de la jurisdicción constitucional en España. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 11, n. 1, e255, jan./abr. 2024. DOI: 10.5380/rinc.v11i1.91471.

* Este trabajo es resultado de una estancia de investigación de 12 meses que se realizó en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC) adscrito al Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática del Gobierno de España, en virtud de un contrato posdoctoral (Ayudas "Margarita Salas" para la formación de jóvenes doctores) acogido al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y financiado por la UNIÓN EUROPEA-NEXT GENERATION EU en el marco de la Orden UNI/551/2021 por la que se conceden las subvenciones previstas en el Real Decreto 289/2021 a Universidades Públicas para la Recualificación del Sistema Universitario Español (Ministerio de Universidades, Gobierno de España).

** Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Salamanca (Salamanca, España). Doctor por la Universidad de Salamanca (Salamanca, España). Secretario de la Cátedra de Derecho Comparado "Professore Lucio Pegoraro" de la Universidad de Salamanca (España).

disfuncional debido a las situaciones personales pasadas de sus magistrados, tanto políticas como institucionales, a partir de las dudas que se despliegan en lo relativo a su legitimidad.

institutional, based on the doubts that are displayed regarding its legitimacy.

Palabras clave: Tribunal Constitucional; separación de poderes; independencia; politización; legitimidad.

Keywords: constitutional court; separation of powers; independence; politicization; legitimacy

SUMARIO

1. Introducción: el contexto de una crisis en torno a su renovación; **2.** Huida del pluralismo, ruptura de la lógica del consenso, e imposición de la mayoría; **2.1.** El deseo frustrado de una reforma que se opone al espíritu y la letra de la Constitución; **2.2.** Choque de poderes y defensa de la legitimidad del Tribunal Constitucional; **3.** La pérdida real de legitimidad del Tribunal Constitucional: ¿están las decisiones basadas o condicionadas por las funciones desempeñadas en el pasado por sus magistrados? **3.1.** Disfuncionalidades del Tribunal Constitucional; **3.2.** Premisas para recuperar, al menos, su apariencia de independencia y neutralidad. **4.** Conclusiones: Devolver La Legitimidad Al Tribunal Constitucional Como Utopía; **5.** Referencias.

1. INTRODUCCIÓN: EL CONTEXTO DE UNA CRISIS EN TORNO A SU RENOVACIÓN

El 30 de noviembre de 2022, el Gobierno hace público su deseo expreso de proponer a los dos magistrados que le corresponde nombrar de acuerdo con la necesidad pertinente de renovar el Tribunal Constitucional; de acuerdo con lo mandatado por la Constitución. Los designados son Juan Carlos Campo, exministro de Justicia hasta hace poco más de un año y Laura Díez Bueso, también vinculada de alguna forma al ejecutivo encabezado por el Presidente Pedro Sánchez.¹ A pesar pues, de que ambos cuentan con los requisitos de contar con “quince años de ejercicio profesional” y ser “juristas de reconocida competencia” (arts. 159 CE y 16 LOTC), dada la imprecisión de tales requisitos, esto ha suscitado algunas dudas y controversias en torno a la legitimidad del órgano que tiene la última palabra sobre la interpretación de la Carta Magna y, también, sobre la necesaria independencia de los miembros de un órgano colegiado de naturaleza jurisdiccional.

Esta crisis del Tribunal Constitucional se puede relacionar con la prórroga sin plazo cierto del mandato de los actuales vocales del Consejo General del Poder Judicial y, que suscitó un debate en torno a la inseguridad jurídica que desplegaba la oportuna renovación parcial (por tercios) del Tribunal Constitucional. En un primer tiempo, el Consejo General en funciones parecía estar más centrado en prorrogar la situación

¹ Orden PCM/1157/2022, de 29 de noviembre, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de ministros de 29 de noviembre de 2022, por el que se propone el nombramiento de don Juan Carlos Campo Moreno y doña Laura Díez Bueso como Magistrados del Tribunal Constitucional.

de bloqueo que en propiciar acuerdos, como también lo están determinados ámbitos políticos para con dicho órgano y, especialmente, el Parlamento. Sin olvidar, por supuesto, que esta situación deriva del creciente proceso de polarización política en que se hallan inmersas casi la totalidad de las instituciones, en tanto síntoma creciente de la cotidianeidad parlamentaria, el debate mediático y la formación de la opinión pública. Así, por vez primera, el “reparto del botín” que representan en conjunto, de un lado, la renovación parcial de dos magistrados del Tribunal Constitucional por parte del Consejo General del Poder Judicial y, de otro, la de dos magistrados a propuesta del Gobierno, no parecía que fuera a producirse, como siempre, de forma simultánea.

La Constitución es muy clara al respecto: “los miembros del Tribunal Constitucional serán designados por un período de nueve años y se renovarán por terceras partes cada tres” (art. 159.3 CE). Y, además, esto se respalda por la LOTC: “renovándose el tribunal por terceras partes cada tres” (art. 16.3 LOTC). Aunque, a priori y, sólo a efectos de la renovación “por vez primera” de los miembros del Tribunal Constitucional, se entiende realmente que los dos designados a propuesta del Gobierno y los dos que proceden de la formulada por el Consejo General del Poder Judicial son “de la misma procedencia”, es decir, cuando corresponde renovarlos por el mismo tercio (D.T. 9ª CE).

Sobre esto, se ha pronunciado a través de la prensa el profesor Azpitarte Sánchez, haciendo referencia a dos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, las SSTC 49/2008 y 191/2016; llegando a entender que en tales condiciones y, ante el bloqueo latente del Consejo para realizar la propuesta de nombramiento de los dos candidatos a magistrados del Tribunal Constitucional, el Gobierno podría conforme a Derecho, designar los que a él le corresponden.² Pues, la facultad de designación de autoridades para formar parte de órganos constitucionales es una “obligación constitucional” de todos aquellos a los que la Norma Fundamental se lo encomienda (F.J. 5º STC 49/2008) y, desde una óptica funcionalista, no puede ser admisible desde una perspectiva constitucional la traslación de la responsabilidad del incumplimiento en la designación, a causa del bloqueo que se de en un órgano, hacia otros órganos. Es decir, pues, que, si cada órgano “ostenta la potestad, y la responsabilidad consiguiente, de designar, en el tiempo legalmente prescrito, los vocales de su elección” en la renovación del Consejo General del Poder Judicial (F.J. 8º STC 191/2016), esto es trasladable al caso de la renovación de los magistrados del Tribunal Constitucional.

Si para cada órgano responsable de la designación esta representa un “genuino poder-deber” esto se traduce en la obligada realización del nombramiento, una vez expirado el mandato de aquellos que fueron designados para tales responsabilidades “y no la mera formulación de propuestas” (F.J. 7º STC 49/2008). Por lo que cabría

² “El CGPJ no puede bloquear la renovación del Tribunal Constitucional” (EL PAÍS, 03/11/2022): <https://elpais.com/opinion/2022-11-03/el-cgpj-no-puede-bloquear-la-renovacion-del-tribunal-constitucional.html> (consultado el 01/06/2023).

decantarse por la tesis de que el Gobierno podrá proponer a sus magistrados y que opere así la renovación parcial de dicho tercio. Entendiendo, eso sí, que sería posible en aras de la mayor y mejor operatividad, e incluso legitimidad, del Supremo Intérprete de la Constitución, para no llevarlo a la impotencia funcional. Aunque posiblemente hubiera que esperar a la elección de una nueva Presidencia para el Tribunal Constitucional, una vez sean nombrados los dos magistrados restantes del tercio por parte del Consejo General del Poder Judicial. Idea, esta última, que puede extraerse de la interpretación llevada a cabo en el F.J. 19º de la STC 49/2008.

Por el contrario, el profesor Aragón Reyes apostaba por no trasladar “la lógica del reparto por cuotas políticas” a la composición del Guardián de la Constitución, aunque no se detiene en las razones jurídicas que avalan esta tesis:

En mi opinión, la renovación parcial del Tribunal Constitucional ha de serlo por tercios, y no por sextos, de manera que no cabe fracturar el tercio para que accedan al Tribunal, en tiempos distintos, los dos magistrados de propuesta del Gobierno y los dos de propuesta del Consejo.³

A pesar de estar de acuerdo, en líneas generales, con lo que expresa Aragón, sin embargo, convendría separar *lo normativo* de *lo político*.⁴ Desde una óptica constitucional coherente con el Estado de Derecho, que parte de la defensa de la neutralidad e independencia de las autoridades y órganos de naturaleza jurisdiccional -y, entre ellos, sin duda, está el Tribunal Constitucional-; no queda coartada la posibilidad de validar el sistema normativo en aras de la necesaria operatividad de aquel, sin perjuicio de proceder a analizar la situación y criticarla, desde una posición jurídico-constitucional.

Desde esta lógica interpretativa, en pro de la mayor funcionalidad posible del Tribunal y, atendiendo a lo normativo, ha de recordarse que “la función de juez constitucional no debería concebirse exclusivamente desde la lógica propia de los cargos representativos, sujetos en su desempeño a períodos de tiempo fijos y predeterminados, sino como una función”.⁵ Y, ahora, cabe preguntarse: ¿qué importa la renovación por grupos de cuatro a toda costa? ¿O que los miembros del Tribunal Constitucional sean designados por un período de nueve años? Que es lo realmente importante, según el espíritu y letra de la Constitución, para asegurar, al menos hipotéticamente, su independencia y neutralidad.⁶

³ “El reparto por cuotas del TC” (EL MUNDO, 28/11/2022): <https://www.elmundo.es/espana/2022/11/28/6383865cfdfff4b428b45bd.html> (consultado el 01/06/2023).

⁴ Pues, es evidente que la politización ya se ha producido tiempos atrás y, lo que nos interesa, es analizar, por ahora, la procedencia de una renovación parcial y sustitutiva del tercio que correspondería renovar llegados a este tiempo.

⁵ FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. Sobre la designación de los magistrados constitucionales: una propuesta de reforma constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, n. 105, p. 13-49, 2022. p. 44.

⁶ FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. *Ensayos de justicia constitucional sobre derechos y libertades*. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2009. p. 46. En este sentido, se ha plasmado la idea de la inconstitucionalidad por

Algunos autores, como Santamaría Pastor, señalan: “la voluntad de la Constitución en el punto de la renovación por tercios del Tribunal es indudable” pero no parece “que su inobservancia, no deliberadamente querida, constituya una infracción grave y flagrante, digna de merecer reacciones tan enérgicas como la nulidad de los nombramientos”.⁷

Esto refuerza, sin duda, la posición que queremos sostener: que los incumplimientos de un órgano, en lo relativo a la designación de nuevos magistrados, no pueden trasladarse como responsabilidad a otro y, mucho menos, extender la responsabilidad del incumplimiento sobre el sistema constitucional por entero, llegado el caso. Todo ello, sin dejar de atender a que una falta de operatividad del Tribunal Constitucional podría poner en jaque su facultad preeminente: la interpretación conforme del ordenamiento para con la Constitución.

Cosa distinta es que los arts. 19 y 23 LOTC posibiliten la designación de miembros con conexiones políticas evidentes en el pasado, hasta el punto de que dicha incompatibilidad sea subsanable con la mera renuncia al cargo político o representativo y, aunque se produzca de forma coetánea a la propuesta de nombramiento -hasta diez días siguientes a la propuesta- (art. 19.2 LOTC). Es aquí donde debe hacerse un reproche al actual marco normativo respecto de la renovación del Tribunal Constitucional y del estatuto de sus magistrados, en lo relativo a su designación como tales. Sin olvidar las conexiones políticas de los mismos y realizando una defensa de su necesaria neutralidad e imparcialidad.

Finalmente, en el marco de esta crisis, la renovación se produjo por tercios, como establece la Constitución. No obstante, en las semanas y meses precedentes se produjeron toda una serie de actuaciones por parte del poder político, que contribuyeron a la crisis y la explican por sí mismas. El legislador bloqueó la necesaria función de realizar nombramientos del Consejo General del Poder Judicial. La L.O. 4/2021, elimina la posibilidad de que el Consejo General del Poder Judicial pueda realizar la propuesta de nombramiento de los dos magistrados que constitucionalmente le corresponde designar para renovar (por tercios) el Tribunal Constitucional. Lo que más tarde solventa la L.O. 8/2022.⁸

parte de la doctrina, cuando el legislador preferencia el primero de los criterios -renovación por tercios- frente al mandato de los 9 años de los designados como magistrados del TC, a pesar de que algunas reformas que lo han propiciado no han sido enjuiciadas por el TC y en concreto la que introduce el art. 16.5 LOTC.

⁷ Véase este trabajo, en el que se pide opinión al respecto a varios expertos: *TEORÍA Y REALIDAD CONSTITUCIONAL*. Encuesta: Renovación del Tribunal Constitucional. **Teoría y realidad constitucional**, n. 28, Madrid, p. 13-90, 2011. p. 84.

⁸ Casi un año después, la L.O. 8/2022, le “devuelve” esta facultad al Consejo. Aunque, tanto para este caso, como para el anterior, el Gobierno obvió de forma intencionada que estas son facultades que se encomiendan al órgano por la Constitución, sin que quepa que este deber-función exclusivo pueda declinarse o delegarse (art. 159 CE). Para ello, establece un plazo cierto máximo de tres meses para adoptar el acuerdo por parte del Consejo (art. 599.1. 1ª LOPJ); margen que si le otorga la Constitución al legislador. Este plazo, se incumplirá

Pero a pesar de quedar asegurada la renovación del Tribunal Constitucional, los grupos parlamentarios de los partidos que sustentan el actual Gobierno, unos días antes del acuerdo del Pleno del CGPJ, introducirán dos enmiendas a una Proposición de Ley sobre la reforma de los delitos de sedición y malversación, para modificar el régimen de elección de los órganos constitucionales. Lo que también suscitó toda una serie de reflexiones en torno a la legitimidad de estas modificaciones legislativas y, además, propició un conflicto aparente entre el Tribunal Constitucional y el Legislativo, tras la presentación de un recurso de amparo por parte de diputados de la oposición parlamentaria al Gobierno y la consecuente suspensión cautelar de la tramitación de las enmiendas. Y, por supuesto, volvió a revivir las posiciones irreconciliables entre los dos bloques, “conservador” y “progresista” que también se identifican y alinean claramente según estas posiciones predeterminadas en función de quien procedió a su nombramiento en el pasado dentro del Tribunal como órgano colegiado. Es decir, qué grupo parlamentario, qué gobierno o que bloque, “conservador” o “progresista” del Consejo General del Poder Judicial los designó; lo que implica, a priori, una anticipación previsible respecto al sentido final del fallo tanto en el ámbito periodístico como en la opinión pública.

2. CHOQUE DE PODERES Y DEFENSA DE LA LEGITIMIDAD DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Unos días antes del acuerdo del Pleno del CGPJ (que de una vez por todas actuó con responsabilidad institucional), introducirán dos enmiendas a una Proposición de Ley sobre la reforma de los delitos de sedición y malversación, para modificar el régimen de elección de los órganos constitucionales.⁹ Lo que también suscitó toda una serie de reflexiones en torno a la legitimidad de estas modificaciones legislativas y, además, propició un conflicto aparente entre el Tribunal Constitucional y el Legislativo, tras la presentación de un recurso de amparo por parte de diputados de la oposición parlamentaria al Gobierno y la consecuente suspensión cautelar de la tramitación de las enmiendas. Y, por supuesto, volvió a revivir las posiciones irreconciliables entre los dos bloques, “conservador” y “progresista” que también se identifican y alinean claramente

llegado el límite: 13 de septiembre; tras varios e incesantes intentos del Pleno del Consejo para adoptar un acuerdo. Sin embargo, los bloques “conservador” y “progresista” parecían irreconciliables. Lo que propicia la dimisión de su presidente y una improcedente “bicefalia” en el Poder Judicial. Y, desgraciadamente, parece ser que la unidad rota de las presidencias del Tribunal Supremo y del Consejo, dada la actual situación, puede prorrogarse *sine die*.

⁹ Véanse enmiendas núm. 61 y núm. 62 a la Proposición de Ley Orgánica de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 15 de diciembre de 2022): https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-295-4.PDF

según estas posiciones predeterminadas en función de quien procedió a su nombramiento en el pasado dentro del Tribunal como órgano colegiado. Es decir, qué grupo parlamentario, qué gobierno o que bloque, “conservador” o “progresista” del Consejo General del Poder Judicial los designó; lo que implica, a priori, una anticipación previsible respecto al sentido final del fallo tanto en el ámbito periodístico como en la opinión pública.

Este contexto de crisis político-institucional obliga a mi parecer a la reflexión de los constitucionalistas. ¿Por qué hemos llegado a esta situación?

Fundamentalmente, sí, porque la situación política ha variado notablemente y, un sistema sustentado sobre el consenso político y el pluralismo, parece no saber convivir con un ambiente político y social de constante polarización y crispación política. Pero también porque estas instituciones se han alineado en bloques, abandonando su necesaria colegialidad; y, refiriéndonos en concreto al Tribunal Constitucional, ello ha acrecentado una falta de credibilidad entre la opinión pública que afecta directamente a su legitimidad.

Ello ha sido fruto de un afán incesante en controlar las instituciones, por parte de los principales y tradicionales partidos, materializado constantemente. Si la ostentación del control de estas por parte de un bipartidismo imperfecto representaba una innegable falta de neutralidad e independencia, nunca se había cuestionado la legitimidad de instituciones como el Tribunal Constitucional, de la manera en que se ha hecho en momentos recientes.

Todo ello está propiciado, sin duda, porque a la mayoría parlamentaria podrán no gustarle los fallos de un Tribunal Constitucional que consideran “ilegítimo”, pero sabe que su legitimidad es innegable y que la crisis de credibilidad de este para con la ciudadanía es más responsabilidad de la política que de los propios magistrados.

Como estas actitudes político-institucionales -sin ningún sentido de Estado- ponen en la picota a las instituciones y órganos constitucionales simplemente por estar prorrogado su mandato, cuando esta situación más bien es responsabilidad de los parlamentarios que de los propios magistrados; son reprochables. Pero tampoco debe obviarse que este sistema ha hecho de los magistrados, no autoridades integrantes de un órgano colegiado, sino fieles de determinados bloques que más que ideológicos *ad extra* (lo que podría ser admisible, pues todo debate jurídico conlleva también una discusión ideológica), son partidistas o se corresponden con vinculaciones de tendencia orgánica *ad intra*.

Y, si a esto unimos el particular choque entre el Tribunal Constitucional, del que forman parte magistrados cuatro magistrados salientes, algunos calificados de “ilegítimos” para ciertos sectores de la política; la situación es todavía más grave. La buena salud del Tribunal Constitucional y su falta de apariencia de independencia están en juego; así como su consecuente legitimidad, tergiversada de forma interesada y a través de

una interpretación contraria a la Constitución. Lo que parece anticiparse como tónica de un comportamiento político para nada legítimo que nos acompañará los próximos años.

A partir del contexto de esta particular crisis, procedemos al análisis acerca de la falta de salud y legitimidad del Tribunal Constitucional, como Máximo Intérprete de la Constitución. Ello sí, sin dejar de tener presente un ordenamiento jurídico que puede explicar *per se* la llegada a esta situación.

2.1. El deseo frustrado de una reforma que se opone al espíritu y la letra de la Constitución

Las enmiendas núm. 61 y núm. 62 a la Proposición de Ley Orgánica de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso; tramitadas en el marco de la crisis institucional que se ha ido describiendo en el apartado anterior, provocarán un choque entre el Tribunal Constitucional y el Poder Legislativo que más adelante abordaremos. Sin embargo, nos podemos centrar por ahora en la reforma, para expresar como se ha pretendido romper el pluralismo que llama a asegurar la Constitución a través de la regla del consenso para la conformación de dos órganos constitucionales: el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial. Aunque, centrándonos en la crisis que se ha desplegado en torno al primero de ellos, como Supremo Intérprete de la Constitución y en el que la imparcialidad y neutralidad de sus miembros incide más especialmente, dada su naturaleza jurisdiccional.

La enmienda núm. 61 pretendía la reforma de la LOPJ, en el siguiente sentido:

Primero, vuelve a introducir el “plazo máximo de tres meses” tras la superación del mandato de los magistrados del Tribunal Constitucional, para que el CGPJ proceda a designar a los dos que le corresponde por expreso mandato constitucional (art. 599.1 1ª LOPJ). Lo cual, incluso puede ser positivo, para que no se repitan caóticas experiencias en torno a su renovación.

Seguidamente contempla que, de no adoptarse este acuerdo “por mayoría de tres quintos”, quien ostente la Presidencia debe acordar que se proceda al nombramiento de los nuevos magistrados, conforme a estas reglas: cada vocal realizará una propuesta individual, en el plazo de cinco días hábiles, para que, en los tres días hábiles siguientes, se convoque un Pleno al efecto, sin necesidad de *quorum* mínimo en una votación única y secreta. En caso de empate se dirime a consideración del Presidente del órgano la designación de los dos magistrados del Tribunal Constitucional.

La enmienda núm. 62, por su parte:

Añade un apartado tercero al art. 16 LOTC, pretende dotar de mayor eficacia al mandato del art. 159.3 CE. Sin embargo, se pretende legitimar la renovación parcial del tercio “saliente” y procedente de las respectivas propuestas del CGPJ y del Gobierno. Es decir, la ley legitima que se pueda proceder a la renovación, no por tercios, sino por pares. Esto no nos parece recomendable, porque puede contribuir todavía más a la creciente merma de credibilidad institucional del Tribunal. Aunque, como ya se ha expresado, en casos accidentales, esto quedaría posibilitado a partir de la idea de que no es conforme a Derecho derivar la irresponsabilidad de un órgano constitucional hacia otro.

También, se pretenderá suprimir el *placet* que contempla la Ley Orgánica en favor del Pleno “para juzgar si los mismos reúnen los requisitos requeridos por la Constitución y la presente Ley” [arts. 2.1 g), 10.1 i) LOTC].¹⁰ Y, además, se introducía un apartado tercero al art. 19 CE, justificando tal reforma en que los órganos proponentes tienen la obligación constitucional y legal de comprobar que los Magistrados o Magistradas designados cumplen con los requisitos del art. 159.2 CE; dejando finalmente en manos de los designados el deber de ponerlo de manifiesto antes de la toma de posesión.

En suma, con las enmiendas, se rompería la “lógica del consenso” como regla de la propuesta y designación de los magistrados, en el seno del Pleno del CGPJ y, se pretende huir de la mayoría cualificada de tres quintos como una manera de revestir de mayor legitimidad a los órganos constitucionales. Pero también existe un ánimo aparente de la mayoría parlamentaria o, al menos, de los partidos que sustentan el Gobierno, de controlar la institución; al eliminar el *placet*. Nadie puede ser juez y parte y, mucho menos, en un Estado Social y Democrático de Derecho, el Parlamento. En este sentido, tampoco parece oportuno solventar la comprobación del cumplimiento del requisito de los designados de ser “jurista de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio”, atribuyéndoles un deber. Todo ello, incide en la necesaria independencia del Tribunal.

Si los vocales del CGPJ y los magistrados del Tribunal Constitucional parecen haber conformado bloques estancos y, al parecer, irreconciliables, esto, se reproduce

¹⁰ Respecto de esta cuestión y, para referirnos de nuevo a esta crisis como una derivada de la situación de bloqueo del Consejo General del Poder Judicial, convendría hacer referencia a las especulaciones que se dieron en la prensa sobre el *placet* a estos candidatos. A pesar de que la prensa trasladaba una posible negativa de los magistrados del Tribunal a tales designaciones que, constitucionalmente no les corresponde, creo ciertamente que el Tribunal Constitucional, hizo lo posible por promover un acuerdo en el seno del Consejo General del Poder Judicial, más que promover nuevos vetos. Una buena disposición que honra al Presidente “saliente”, en aras de una mayor efectividad y legitimidad del sistema político-constitucional. Aunque, de entrada, hubiese sido contrario a la Constitución y a su propia jurisprudencia, por lo que aquí se viene apuntando, prorrogar *sine die* la incorporación de los candidatos propuestos por el Gobierno. El sistema debe buscar tanto esa estabilidad constitucional como la funcionalidad y eficacia plenas de los órganos constitucionales. Véase: “El TC dividido sobre si dar el *placet* el día 22 a los candidatos del Gobierno si el CGPJ no elige a los suyos” (EL ESPAÑOL, 30/11/2022): https://www.elspanol.com/espana/tribunales/20221129/tc-comunicara-cgpj-moncloa-elegido-candidatos-esperara/722178133_0.html (consultado el 07/06/2023).

todavía más en la contienda de la representación política, residenciada en el Parlamento; y de él, secuestrado por una partitocracia omnipotente, ya no se espera la deliberación y la discusión que le son propias, sino la mera confrontación entre bloques ideológicos. Además, en las Cámaras hay un desdén hacia la potestad legislativa, pasando a jugar más un papel ratificador (de las decisiones del Presidente o del Gobierno) que decisor. Sin olvidar que la falta de descrédito de la institución parlamentaria parte, en primer término, de la falta de democracia interna de los partidos.¹¹

El valor superior del pluralismo implica indudablemente que la Constitución suponga por ella misma un límite al control discrecional de la mayoría.¹² Y, en esta línea, algunos diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso presentan un recurso de amparo, solicitando además la suspensión de la tramitación de dichas enmiendas, sobre la base de los siguientes argumentos (recurso de amparo 8263-2022):

- Denuncian, en primer término, una “deriva actual en la calidad de nuestro ordenamiento democrático”. Sustentada sobre la base de la vulneración del derecho de la ciudadanía a participar de los asuntos públicos, por sí mismo o a través de sus representantes (art. 23.2 CE) *ex art.* 23.1 CE.
- Además, denuncian que se debe dar audiencia a todos los sectores implicados, al referirse a “aspectos nucleares del estatuto de independencia de un órgano constitucional”. Pues, según aducen los recurrentes, se trata de una tramitación de la reforma de dos leyes orgánicas a través de una “proposición de ley fraudulenta”.

Las razones fundamentales que sustentan el *petitum* del amparo se apoyan en aspectos formales: la introducción de las enmiendas en el último momento posible (1), en que las enmiendas no tienen “conexión de homogeneidad” (2) y en que se evita dar audiencia a los órganos implicados (3); sin olvidar la tramitación a través del procedimiento de urgencia de dichas reformas (4). Pero también en el fondo: “se pretende con la misma alcanzar una determinada mayoría favorable al Gobierno en el Tribunal Constitucional allanando cuantos obstáculos se interpongan para el acceso a este de los dos magistrados designados por el Gobierno” y, además, estas enmiendas, según los recurrentes “pervierten el sistema de nombramiento para ponerlo al servicio de los intereses del Gobierno”.

Aunque, el choque vendrá propiciado por la petición de que se estime una medida cautelar *inaudita parte*, que solicita en concreto la suspensión en la tramitación de las enmiendas (cfr. art. 56.6 LOTC) y su consecuente admisión. Sin que pueda dejar de

¹¹ RUIZ-RICO RUIZ, Catalina. La transparencia como límite de la autonomía parlamentaria en las Asambleas Legislativas autonómicas. *Revista de derecho político*, Madrid, n. 99, p. 263-299, 2017. p. 283.

¹² GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, Piedad. Regeneración del parlamento, transparencia y participación ciudadana. *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, n. 36, p. 171-216, 2015. p. 192.

tenerse en cuenta la solicitud de abstención o recusación de los magistrados “salientes”, por haber superado sus 9 años de mandato aduciendo que esto supone “tener un interés directo o indirecto en la causa (art. 219.10 LOPJ).

2.2. Un ‘jaque’ político al Tribunal Constitucional: puesta en duda de su legitimidad control y defensa de su legítima actuación

La lógica partidista que ha impregnado el funcionamiento del Tribunal Constitucional queda perfectamente representada en las peticiones de los parlamentarios que forman parte de los Grupos que sustentan al Gobierno actual. Pues, si el Tribunal Constitucional hubiera admitido esta solicitud de recusación, indudablemente hubiera contribuido a fortalecer la lógica que siguen las peticiones de la mayoría parlamentaria; esto es, que el Tribunal Constitucional debe ser una especie de comisionado parlamentario, sin necesidad de independencia ni neutralidad.¹³ Aducir que los magistrados tengan un interés directo, porque vaya a superarse su mandato, no es asumible.

Primero, porque escapa del control de los magistrados y la renovación corresponde a los órganos llamados a realizar tales propuestas de nombramiento por mucho que, en la práctica, evidentemente exista una clara desconfianza al respecto. Segundo, porque se trata de una controversia entre aquellos diputados (de la minoría u oposición parlamentaria) que aseguran que se ha vulnerado su derecho al ejercicio efectivo de su cargo representativo y el de los ciudadanos a participar indirectamente, a través de sus representantes, en los asuntos públicos; y, aquellos otros que conforman la mayoría parlamentaria. En suma, que no se puede expresar sin más que los magistrados tengan un hipotético deseo de mantenerse en el cargo, cuando si no han sido renovados, la responsabilidad hay que buscarla en otros órganos constitucionales o en los partidos políticos, pero no en los propios magistrados. Y, que, efectivamente, de ellos no depende seguir ostentando o no el cargo, sino que esa responsabilidad es fundamentalmente política y recae sobre quienes tienen el deber constitucional de proceder a la renovación.

La mayoría parlamentaria, en su estrategia polarizadora, no ya dirigiéndose contra la oposición sino también contra el Máximo Intérprete de la Constitución, lo que también incluye a la presidenta del Congreso y al presidente del Senado, que hicieron sendas comparecencias institucionales en la noche del 19 de diciembre de 2022, alertando de una supuesta degradación del sistema democrático denunciando la posible deslegitimación de las instituciones y, aunque acatando la decisión, responsabilizando

¹³ Es imposible obviar que la recusación se insta contra sólo dos de los magistrados, sobre los que se descarga el hecho notorio de su adscripción mediática con el “sector conservador”: Pedro José González-Trevijano Sánchez y Antonio Narváez Rodríguez. Esta sospecha, por ese mismo razonamiento, se puede deducir contra otros magistrados del “sector progresista” y es que hay otros dos magistrados que también deben ser renovados y no son recusados.

al Tribunal y a sus magistrados. Cuando quienes están deslegitimando precisamente las instituciones son aquellos que, omitiendo sus deberes constitucionales y legales, han contribuido a ello sin demasiadas preocupaciones durante años: las Cámaras.¹⁴ Aún más cuando las comparecencias se produjeron sin que el Tribunal Constitucional hubiera comunicado su decisión, el ATC 177/2022 (o, al menos, su parte dispositiva), por conducto oficial.

Entrando de lleno en este choque institucional, hay que decir claramente lo que sucede: se pone en duda desde un escenario institucional la actuación legítima del Tribunal Constitucional. Si se pretende trasladar la idea de que el Tribunal Constitucional no puede intervenir, en ningún caso, en un procedimiento legislativo; se está desconociendo que el objetivo del Tribunal Constitucional en su función y carácter exclusivo de Máximo Intérprete de la Constitución es “velar por la separación entre el poder constituyente y los poderes constituidos”. Y, además, se olvida que la autonomía parlamentaria no equivale a soberanía y que el Parlamento no ostenta una potestad previa, inmune y superior a la Constitución.¹⁵ En el sentido de máxima eficacia de la justicia constitucional, el amparo sirve a la defensa de derechos fundamentales y, entre ellos el art. 23.2 CE, supone que el Tribunal pueda intervenir sobre los *interna corporis acta* de manera eficaz en un caso claramente determinado por la doctrina: cuando se considere vulnerado el derecho fundamental en cuestión al alterarse de forma sustancial la voluntad de la Cámara.¹⁶ Pues, vulneran el principio democrático y podrían llegar a declarar en amparo la inconstitucionalidad de normas del Reglamento o aplicaciones de este que sean una clara desviación de la Constitución, es decir, cuando sean expresión directa de una norma constitucional.¹⁷ Y, en ningún caso, puede admitirse que el Reglamento de la Cámara sea disponible: su valor material de ley impone una cierta seguridad jurídica que de omitirse pondría en cuestión la eficacia jurídica del art. 23.2 CE.

La política es esencia en la función exclusiva del legislador, la potestad legislativa; el Derecho es cosa exclusiva del Tribunal Constitucional a la hora de solventar conflictos políticos en defensa de la Constitución. Es un legislador negativo, si bien no puede decirle al legislador qué debe contener la ley, si puede expresar a través de la técnica

¹⁴ Más si se tiene en cuenta que las presidencias de la Cámara también son rehenes de la disciplina de partido y ante el fuerte cesarismo del aparato orgánico, no han hecho nada en los últimos años para que el art. 568 LOPJ deje de ser una quimera elevada a Ley Orgánica.

¹⁵ FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. **Ensayos de justicia constitucional sobre derechos y libertades**. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2009. p. 46

¹⁶ BIGLINO CAMPOS, Paloma. **Los vicios en el procedimiento legislativo**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991. p. 132-133.

¹⁷ AGUIAR DE LUQUE, Luis. El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión. **Revista de derecho político**, Madrid, n. 24, p. 9-30, 1987. p. 23.

jurídica lo que no puede contener una ley.¹⁸ La Constitución regula de forma, aunque sea implícita, la elaboración de la ley: en ella se contienen principios, orientaciones y límites al posible contenido de una ley; y, claramente, una ley, puede ser inconstitucional por un procedimiento irregular en el que se superan de forma extralimitada aquellos principios y orientaciones que se imponen por la Norma Fundamental.¹⁹

Por ello, aunque el control de los actos internos del Parlamento sea en este caso el de constitucionalidad, ciertamente su intervención se parece más a la imposición de un criterio de oportunidad política.²⁰ Este riesgo es innegable, pero lo cierto es que la exención de la jurisdicción del Tribunal Constitucional no cabe si no se respetan los derechos de los diputados, más vulnerando las normas que garantizan la eficacia del principio democrático (art. 1.1 CE). Pues, en este caso, no se está afectando solo a los diputados y el acto interno trasciende de la Cámara conectando con la sociedad que se representa en el Parlamento.

Ningún Parlamento está por encima de la decisión legítima del Constituyente, de acuerdo con la Teoría de la Constitución. Sin embargo, algunos autores precisan que el debate es básico en democracia “no teniendo límites como tal” y que el Tribunal Constitucional no debe entrar a valorar cuestiones que superan claramente su función, aplicando un *self restraint*: “no entrando en aquellas cuestiones que debe resolver la política”.²¹ Pero, incluso aceptando esta posición, ¿no tiene límites tampoco la falta de debate? Es decir, ¿el Parlamento sólo se autotutela?

Y, entonces, ¿cuándo de sus acciones deriven perjuicios para la sociedad en pleno tampoco se puede intervenir? Pues, como expresa Waldron, ningún poder puede tener todo el poder, porque eso puede conllevar abuso de poder y tiranía de la mayoría.²² El constitucionalismo defiende la limitación de los poderes del Estado y todos están sometidos a la Constitución (art. 9.1 CE); por lo que no puede coartarse la igualdad de voto, que también está en que la propia voz cuente en el procedimiento legislativo, como exigencia del pluralismo en el respeto a las minorías. Aquí ni se produjo respuesta a la toma en consideración, careciendo los recurrentes de un recurso efectivo con el que hacer frente a la vulneración alegada ante la mesa, como tampoco se procedió a admitir un debate particularizado de las disposiciones de la proposición de ley orgánica, sino que la voz se dará una vez se incorporaron las enmiendas. Sin que se tuviera en

¹⁸ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. **Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993. p. 101-112.

¹⁹ KELSEN, Hans. **Escritos sobre Justicia Constitucional**. Madrid: Tecnos, 2021. p. 211.

²⁰ FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo. **Revista de Estudios Políticos**, n. 81, p. 47-72, 1993.

²¹ LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki. **Parlamento, Tribunal Constitucional, separación de poderes (con obligada referencia a Cataluña)**. Vitoria: Instituto Vasco de Administración Pública, 2020. p. 182.

²² WALDRON, Jeremy. **Contra el gobierno de los jueces: ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales**. Buenos Aires: Editorial Siglo XXI, 2018. p. 177.

cuenta a la minoría parlamentaria en la tramitación de la ley en una utilización abusiva de los órganos del Parlamento por parte de la mayoría parlamentaria, que les aparta de su necesaria neutralidad en la tramitación del procedimiento legislativo. Más aún cuando lo que se arrebató a la ciudadanía es la eficacia de normas constitucionales a su favor como expresión del poder constituyente derivado objetivado y formalizado en la Constitución, que no puede ser ignorado en la actuación del Parlamento: son su fuerza y su límite.²³

La tesis doctrinal en la que nos amparamos parece regir el fallo de la mayoría del Tribunal Constitucional en el ATC 177/2022 (FF.JJ. 5º y 6º):

- En el art. 23 CE residen tanto el derecho de los ciudadanos a participar directamente o a través de sus representantes en los asuntos públicos como el de los representantes a ejercer efectivamente el mandato otorgado por los ciudadanos. Por ello, el procedimiento legislativo debe integrar la voluntad popular, no sólo permitiendo que la mayoría pueda “adoptar las decisiones que legítimamente le corresponden, sino también del derecho de las minorías a participar en los procesos de formación de la ley”. Lo que es propio de un sistema que propugna como valor superior del ordenamiento jurídico el pluralismo político y que propugna la supremacía constitucional como un elemento de control del Constituyente sobre el poder constituido. Todo ello bajo la prescripción constitucional de un sistema de nombramientos que garantiza un cierto poder de autorregulación de la jurisdicción constitucional, basado en una apariencia de neutralidad e independencia que parte de la regla del consenso que, precisamente, pretende salvaguardarla un posible afán de control de la mayoría parlamentaria que se pueda llegar a dar en un determinado momento.²⁴
- Las enmiendas núm. 61 y 62 que aquí se han analizado “afectan indubitadamente al bloque de la constitucionalidad”, estando en juego “las reglas de designación de los magistrados del Tribunal Constitucional y se modifica el sistema mismo de renovación establecido en el art. 159.3 CE”.

En lo que al Derecho Parlamentario se refiere, el Tribunal expone que “sólo se enmienda lo ya definido”. Y que, en tal caso, lo relevante para proceder a admitir y estimar aplicar lo previsto en el art. 56.6 LOTC: no sólo es posible anticipar que pudiera provocarse un perjuicio irreparable o, dicho de otro modo, “la eventual reparación del

²³ LÓPEZ DE LERMA GALÁN, Jesús. El control de la actividad parlamentaria como garantía del sistema constitucional. **Estudios de Deusto: revista de Derecho Público**, Bilbao, vol. 69, n. 1, p. 49-79, 2021. p. 26.

²⁴ PEGORARO, Lucio. Control jurisdiccional vs. control político: la erosión de una categoría dicotómica. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, vol. 23, n. 1, p. 43-86, 2019. p. 67.

derecho fundamental” podría ser imposible; sino que, “también la integridad del procedimiento legislativo en la regulación de una cuestión fundamental para la estructura institucional del Estado y su régimen de mecanismos de garantía y control previstos en el ordenamiento, como es la designación de magistrados del Tribunal Constitucional”. Y, defiende su legitimidad para adoptar la decisión sobre la base del art. 1.2 LOTC, destacando la posibilidad de “ejercer un control real y efectivo sobre la actuación desplegada por los tres poderes del Estado” (F.J. 6º). Si bien, la medida del art. 56.6 LOCT, teniendo en cuenta estas circunstancias, ha sido aplicada adecuadamente a mi entender por apreciarse “la irreversibilidad del perjuicio” y la “urgencia excepcional”; además, hay otras consideraciones que hacer al respecto.

En ello, nos detendremos a continuación: en las posibles dudas acerca de la neutralidad e independencia real de los magistrados. Lo que repercute sin duda en su legitimidad y en la posible validación de sus resoluciones por parte de la ciudadanía.

Lo que está claro, por ahora, es que el Tribunal Constitucional representa “la división entre el poder constituyente y el poder constituido (...). Función del Tribunal es garantizar que los poderes constituidos actúen dentro del marco y de los límites establecidos por la decisión del constituyente tal y como quedó objetivada en las normas constitucionales”.²⁵ Y, como apunta De Vega, las leyes orgánicas pueden suponer una reforma no formal de la Constitución, “un mecanismo subrepticio de sustitución de la reforma”.²⁶ Ante la importancia que despliega la reforma constitucional como límite natural al procedimiento legislativo, cabe respaldar esta particular aplicación el art. 56.6 LOTC. Todo ello, a pesar de que como supuesto excepcional, se prejuzga la constitucionalidad de la reforma; lo que también cabe respaldar al haber quedado en entredicho la viabilidad del poder Constituyente que reside en el art. 23.1 CE (ex. arts. 167 y 168 CE).

3. LA PÉRDIDA REAL DE LEGITIMIDAD DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: ¿ESTÁN LAS DECISIONES BASADAS O CONDICIONADAS POR LAS FUNCIONES DESEMPEÑADAS EN EL PASADO POR SUS MAGISTRADOS?

Aunque tal posibilidad de intervención del Tribunal Constitucional no suponga ni haya supuesto un ataque a la democracia representativa (art. 1.3 CE), al quedar plenamente legitimada la jurisdicción del Tribunal Constitucional como algo incuestionable en democracia, sin duda, la efectividad de sus decisiones requiere también de

²⁵ GARCÍA PELAYO, Manuel. El “status” del Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, n. 100, p. 15-37 2014. p. 24.

²⁶ DE VEGA, Pedro. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos, 2013. p. 194.

una necesaria legitimidad que se ha satisfacer por parte de la propia institución y de sus propios magistrados. Atendiendo a su necesaria neutralidad e independencia. Cosa que difícilmente puede asegurar hoy el Custodio Mayor de la Carta Magna.

Si es cierto que la jurisdicción del Tribunal es algo incuestionable en democracia y que si la ley fue algo revolucionario en aras de la seguridad jurídica en la democracia liberal republicana; hoy “si algo no esta sujeto a control jurisdiccional es porque no existe”.²⁷ Pero, también, que las decisiones del Tribunal Constitucional anticipan un riesgo de justicia, lo que se sustenta en las dudas que despliega en torno a sus necesarias neutralidad e independencia debido a la actuación del órgano y a la conexión, a través de una adscripción ideológica o partidista más o menos hipotética, de los magistrados con sectores de la política o por su vinculación política pasada.

3.1. Las disfuncionalidades del Tribunal Constitucional

Si el Parlamento defiende claramente el interés de la mayoría, la Justicia (y también la constitucional puede entrar a representar a ciertas minorías en su defensa última.²⁸ Lo que sería inadmisibles es que el Tribunal Constitucional introdujese una nueva norma al ordenamiento: sólo en ese caso se usurparía el poder del Parlamento.²⁹ Lo que hasta ahora se ha hecho es reivindicar el papel del Tribunal como pieza esencial del sistema que lo relaciona con los demás poderes, la Constitución.

No obstante, para ello, el Tribunal Constitucional ha de contar con la exigida neutralidad e independencia y, también, los magistrados que lo componen. Cosa que puede ser cuestionada, apuntando entonces un riesgo de aceptación de la justicia que trata de determinar a través de su función exclusiva de interpretar la Norma Fundamental. A través de tres consideraciones fundamentales:

1) El sistema de consenso ha derivado en una suerte de mayor o menor control de los partidos políticos. Aquel que ostente o se integre como parte en la mayoría parlamentaria de cada momento, abierta oportunidad, por ser el tiempo que procede la renovación de los órganos constitucionales, intentará extender su control parlamentario al resto del sistema institucional. Sus resoluciones son una obra condicionada por las presiones que le llegan desde la política, según el colectivo representado por los magistrados del Tribunal, dentro del mismo como órgano. Lo que hace romper la regla de la colegialidad. En primer lugar, la actividad colectiva y deliberativa que le es natural se va sustituyendo por la alineación en bloques que se adscriben bajo la atribución intuida

²⁷ CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco Manuel. El casco de Hades y la independencia judicial. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n. 198, p. 69-91, 2022. p. 82.

²⁸ GARGARELLA, Roberto. Independencia judicial, “medios constitucionales y motivaciones personales”. Una nota. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n. 198, p. 219-238, 2022.p. 231.

²⁹ TROVAO DO ROSARIO, Pedro. Tribunal Constitucional: ¿un legislador negativo o positivo? *Revista de Derecho UNED*, Madrid, n. 16, p. 713-740, 2015.

de “progresistas” y “conservadores”, anticipando así el sentido final del fallo en función de quién propuso originalmente a los magistrados como candidatos.

La deliberación deja paso a la negociación, donde se llega a la consecución de la decisión final sobre la base de una deliberación estratégica en formando grupos parciales. Lo que hace que la ciudadanía adscriba la decisión a una mayoría dentro del Tribunal y no al Tribunal como órgano colegiado, donde cada vez es menos común tomar decisiones por consenso. Pues, a la negociación se recurría en origen cuando se estaba en un punto de no retorno, con posiciones inconciliables.

Esta falta de legitimidad se produce a cuenta de la lógica de la *lottizzazione* pero también por una serie de causas que tienen que ver con la exigida neutralidad e independencia de sus magistrados, individualmente considerados.

2) Como anticipaba Lozano Miralles, la insuficiencia del criterio de cualificación técnico-jurídica sustentando sobre el concepto tan amplio e indeterminado de ser “jurista de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional” del art. 159.2 CE, ha sido la clave de la politización del órgano y, al menos, en apariencia, de su mermada neutralidad y falta de independencia. Esto es demasiado riesgoso, más “en un país en que el enchufe y el clientelismo es un riesgo constante”.³⁰ Por mucho que la existencia de un Tribunal Constitucional presuponga la independencia de sus miembros, su legitimidad vendrá dada por que actúa de forma objetiva e imparcial y no despliega sospechas al respecto. Hecho, este último, que es improbable y que demuestra la inoperancia de un requisito tan sobradamente amplio.

Como constata Rodríguez, los desincentivos a favor de la no politización de los potenciales magistrados del Tribunal Constitucional han sido prácticamente inexistentes. Tanto la situación administrativa de servicios especiales, que asegura el cómputo de antigüedad en un cargo o empleo público en el que se desempeñen como juristas; como, la falta del establecimiento de un serio “periodo de enfriamiento”; suponen la imposibilidad de atacar o prevenir las conexiones políticas de los candidatos. Pues, “cuanto menos contacto tenga un juez con la actividad política, más podrá preservar su independencia”.³¹

Entonces, el Tribunal Constitucional está en horas bajas porque está absolutamente politizado, actúa como un órgano no colegiado y, sus magistrados, adolecen y ofrecen cada día más dudas sobre su necesaria neutralidad e imparcialidad; en detrimento de su legitimidad (art. 22 LOPJ). Por ello, su crisis se explica también por sus

³⁰ LOZANO MIRALLES, Jorge; SACCOMANNO, Albino. **El tribunal constitucional. Composición y principios jurídico-organizativos (el aspecto funcional)**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 181-182.

³¹ RODRÍGUEZ, Ángel. De la judicatura a la política y viceversa. El ejercicio de funciones jurisdiccionales después de ejercer otras funciones públicas. **Teoría y Realidad Constitucional**, Madrid, n. 50, p. 185-217, 2022. p. 193.

actuaciones como órgano constitucional, alejándose de lo que marca el espíritu de la Constitución.

3) A este análisis podrá procederse igualmente desde esta perspectiva funcional. Y, es que una cosa es evidente: por ejemplo, tras la figura de Juan Carlos Campo, hace menos de un año, ministro de justicia, se despliega la sombra de la recusación como futuro magistrado del Tribunal Constitucional; aunque también es cierto que esto sucede en el caso de algunos otros muchos magistrados (vid. arts. 80 LOTC y 219.13ª LOPJ). Téngase en cuenta pues que, en muchos casos de enjuiciamiento sobre la constitucionalidad de las leyes, va a tener un interés implícito, ya que indudablemente ha participado dirigiendo la elaboración de los proyectos de ley y ha hecho una defensa política de los mismos. Entonces, pueden existir y existen muchos casos en los que habrá una relación de conexión muy evidente con la política, más cuando en su trayectoria destaca más su función política que el ser un jurista de reconocida competencia. Lo que resta cierta credibilidad y legitimidad al Tribunal Constitucional, más si cabe que la natural *prorrogatio* que se puede dar si se retrasa su renovación por parte de los órganos constitucionales que deben realizar tales designios.

A pesar de que este tipo de candidatos cuente con más de quince años de ejercicio profesional o en activo en la respectiva función, lo que menos destaca en su trayectoria es su perfil jurídico pues, es evidente y notorio, que su nombramiento viene motivado por relaciones e influencias políticas claras, lo que parece ya no escapar, desgraciadamente, de lo cotidiano. Sin perjuicio de que puntualmente se hayan ejercido responsabilidades políticas, en mi opinión lo que se debe destacar ha de ser la trayectoria profesional técnico-jurídica y no la política. Definitivamente, bien sea a causa de la recusación o, por abstención, lo que es inevitable es -al menos, en apariencia- la afectación de la imagen y el buen hacer del Tribunal Constitucional. El designio de este tipo de candidatos pueda ser más bien la picota del Tribunal Constitucional que un símbolo de la necesaria imparcialidad y neutralidad que requiere su propia imagen institucional ante la opinión pública.³²

Y, reiteramos: además puede afectar a la función que haya de prestar en el futuro el Supremo Intérprete de la Carta Magna como órgano colegiado.

3.2. Premisas para recuperar, al menos, su apariencia de independencia y neutralidad

La vinculación política de algunos magistrados con su trayectoria política o institucional pasada es algo notorio. Serían invocables las causas del art. 219 LOPJ; al

³² MATÍA PORTILLA, Francisco Javier. Sobre la adscripción partidaria de los magistrados del tribunal constitucional y su invocación en el proceso. **Teoría y realidad constitucional**, Madrid, n. 34, p. 235-268, 2014. p. 265.

remitir a su aplicación supletoria el art. 80 LOTC.³³ Lo que dice mucho del papel disfuncional que comienza a desempeñar nuestro Tribunal Constitucional. Pues, que no haya magistrados suficientes para cumplir con el *quorum* mínimo para resolver tales incidentes; hace que aquellos sobre los que se despliegan las causas de recusación o abstención participen en su resolución. Además de que se encuentran también vinculados con un pasado político o institucional, esto pone todavía más en entredicho su necesaria apariencia de independencia y neutralidad.

De lo que da cuenta el magistrado “saliente” Xiol Ríos en su voto particular al ATC 177/2022.³⁴ Y es que, ¿cómo va a participar de la resolución de un incidente de recusación o de una solicitud de abstención aquel que viene a ser recusado o que solicita abstenerse? No es natural y no es extraño que las dudas sobre la independencia del Tribunal estén plenamente servidas. Por lo que la vinculación del pasado, política o institucional; incide en una falta de apariencia de independencia y neutralidad, aunque los magistrados actúen con toda la rectitud que, por otra parte, se espera de ellos.

En el Auto de 8 de febrero de 2023, el Tribunal Constitucional rechaza la abstención de la magistrada Espejel Jorquera basada en el art. 219.16ª LOPJ: “haber ocupado el juez o magistrado cargo público o administrativo con ocasión del cual haya podido tener conocimiento del objeto del litigio y formar criterio en detrimento de la debida imparcialidad”. Como vocal del Consejo General del Poder Judicial, informo del proyecto de ley sobre la interrupción voluntaria del embarazo del que, tras doce años, el Tribunal va a enjuiciar su constitucionalidad. Aunque el Tribunal rechaza su abstención basándose en la necesidad de que el Tribunal opere con carácter funcional, haciendo uso del *quorum* mínimo para adoptar la decisión. Haciendo a mi parecer una interpretación particular del art. 219 LOPJ, que no le corresponde. Pues adoptar un papel de *legislador positivo* que no le permite el art. 80 LOTC, reconsiderando lo dispuesto por la LOPJ.³⁵

El Tribunal tergiversa el art. 219.1.16ª LOPJ aduciendo que solo se tiene interés de parte cuando haya podido formar criterio contra alguna de las partes. Y, ¿qué supone entonces informar negativamente un anteproyecto de ley desde el CGPJ? Precisamente por esta consideración, la magistrada que solicita su abstención no solo tiene criterio jurídico sobre el asunto, sino que se ha pronunciado con inclinación de ánimo

³³ Es decir: *tener interés directo o indirecto en el pleito o causa o, también, haber ocupado cargo público, desempeñado empleo o ejercido profesión con ocasión de los cuales haya participado directa o indirectamente en el asunto objeto del pleito o causa o en otro relacionado con el mismo*. Pues, en ningún caso, se debe obviar que ya han existido magistrados con una vinculación política previa; pero, lo importante es que se afecte o no las necesarias notas de imparcialidad y neutralidad a la hora de desplegar su función el Tribunal como órgano colegiado.

³⁴ Si bien es admisible que la recusación instada por la mayoría parlamentaria contra dos de los magistrados “salientes” no procede en ocasiones en el fondo, quizás las formas no son las más adecuadas (ATC 177/2022).

³⁵ De ello se hace cuenta el voto particular formulado por el magistrado Enríquez Sancho al ATC 08/02/2023, denunciando que se hace una “artificial distinción” entre la jurisdicción ordinaria y la que imparte la justicia constitucional para eliminar causas de parcialidad establecidas por el art. 219 LOPJ.

contra el proyecto de ley en cuestión. Y, es insostenible que no “haya podido formar criterio a favor o en contra una de las partes en detrimento de la imparcialidad” (*a contrario sensu*: F.J. 3º ATC 08/02/2023), cuando ha vertido criterio jurídico cierto desde el CGPJ como vocal de este, en su función de órgano consultivo -órgano de gobierno de la judicatura- y no como juez en un mero supuesto de aplicación de la ley. Por lo que el criterio es jurídico, sí; pero el órgano desde el que se expresa es evidentemente un órgano político, de gobierno del poder judicial y, en cambio, este último si actúa bajo el sometimiento exclusivo al imperio de la ley.

Y, además, es injustificable que la tardanza del Tribunal a la hora de practicar el control de constitucionalidad (o que la exteriorización del criterio jurídico se produjera hace doce años) sea un motivo aceptable para descargar la causa de abstención, para nada indiferente respecto de la adecuada función imparcial que debe llevar a cabo el Tribunal como órgano de control de la actuación del resto de poderes del Estado. Lo que se expresa en el voto particular del magistrado Enríquez Sancho al manifestar que “la circunstancia planteada (...) se diferencia materialmente de la mera emisión de la libertad de cátedra del art. 20 CE, a propósito de la causa legal de tener interés directo o indirecto en el objeto controvertido (art. 2019.1.10ª LOPJ)”. Opinión compartida, en cuanto al fondo, por el voto particular al ATC 08/02/2023 practicado por el magistrado Arnaldo Alcubilla, al que se adhiere Tolosa Tribiño.

Sin duda, esta cuestión merece un análisis profundo, pero aquí queda apuntado un problema que debería abordarse desde una profunda reforma legislativa.

Si es cierto que las resoluciones del Tribunal Constitucional deben ser acatadas y cumplidas, como expresa Rufino do Vale, “no se puede eludir que el tribunal ha perdido buena parte del prestigio que tenía ante la clase política y la sociedad española”.³⁶ Entre otras cosas por las filtraciones indebidas o desinformativas. Y preocupa especialmente, por ejemplo, el hecho de que el Tribunal Constitucional y sus magistrados comiencen a seguir la lógica partidista también cuando expresan y tratan de explicar sus actuaciones ante la opinión pública.³⁷

Por ello hay que fijar tres premisas fundamentales para recuperar la legitimidad e independencia del Tribunal Constitucional, asegurando del mejor y mayor modo posible la neutralidad e independencia necesarias de sus magistrados. Y, superando así sus disfuncionalidades:

³⁶ RUFINO DO VALE, André. **La deliberación en los tribunales constitucionales. Un estudio empírico de las prácticas deliberativas del Tribunal constitucional de España y del Supremo Tribunal Federal de Brasil**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017. p. 117.

³⁷ Véase, como ejemplo: Nota Informativa del Gabinete de Prensa del TC, en la que se anuncia que el TC ha desestimado por mayoría el recurso de inconstitucionalidad presentado por el PP contra la Ley del Aborto. Cuando lo que se ha producido es un cambio de ponente al renunciar el originalmente nombrado: https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2023_009/NOTA%20INFORMATIVA%20N%C2%BA%209-2023.pdf

- Sería oportuno establecer plazos de incompatibilidad, a modos de “período de enfriamiento” entre que se deja de desempeñar un cargo político o institucional y se accede a la condición de magistrado del Tribunal Constitucional. Como vemos, no solo influye el haber mantenido relaciones con los partidos políticos. Sino que el propio funcionamiento del sistema ha hecho que aquellos que participan de órganos como el CGPJ están politizados de alguna manera y podrían volver a conectar asuntos de su pasado a la hora de ser enjuiciados por la jurisdicción constitucional.
- También es sensato recomendar que el legislador plasme estas incompatibilidades fijando un régimen de recusación y abstención coherente con la jurisdicción constitucional en la que no quepa la interpretación *ad hoc*, caso por caso, de la necesidad de independencia y neutralidad de sus propios magistrados. Debería establecerse como incompatible el desempeño de cargos que implícitamente desplieguen dudas acerca de estas notas en favor de su legitimidad, igualmente necesarias para recuperar la colegialidad del órgano expresión hacia fuera de su actividad. Y, entre estos cargos, sin duda están las responsabilidades políticas, orgánicas o institucionales; pero también responsabilidades institucionales como formar parte del CGPJ o del Consejo de Estado, en tanto que les obliga a pronunciarse sobre determinados textos normativos objeto de un posterior enjuiciamiento en lo relativo a su constitucionalidad o inconstitucionalidad.
- La lógica del pluralismo (mal entendido) ha llevado a la ruptura de la regla del consenso en la designación de estos magistrados y, también, a su progresiva politización. Ahora se buscan perfiles de fidelidad política antes que los de capacidad técnica. Por lo que debería precisarse más en la exigencia de ser “juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional” de los arts. 159.2 CE y 18 LOTC. A la necesidad de huir de la posibilidad de nombrar o hacer potenciales magistrados a quienes ostentaron cargos políticos en el pasado, ha de unirse también la relevancia de establecer la incompatibilidad como magistrado del Tribunal respecto de aquellos que desempeñaron cargos institucionales que pudieran tener incidencia en los procesos que conoce el Intérprete de la Constitución.

4. CONCLUSIONES: DEVOLVER LA LEGITIMIDAD AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO UTOPIA

No puede olvidarse que el cumplimiento de los quince años de ejercicio profesional pasa a un segundo plano y que lo que importa es confeccionar un Tribunal Constitucional proclive a los intereses de una u otra mayoría. El pluralismo ha mutado

hacia una “*cuotización* con perfiles ideológicos muy marcados”. Lo que ha hecho previsible las actuaciones y las decisiones del Tribunal para con la ciudadanía: el Tribunal determinará lo que se alinea con la mayoría que supuestamente lo controla, según la oportunidad marcada por los periodos de renovación constitucionalmente establecidos.³⁸ Quienes ostentan la mayoría parlamentaria, tratan de alinear el Tribunal, cuando tienen oportunidad, a sus intereses siempre que pueden, controlando el bloque ideológicamente mayoritario.

En cuanto a esto, posiblemente, hubiera que reforzar en clave institucional el papel de las Cámaras, de tal forma que se daría un papel más independiente a la designación parlamentaria, si la Mesa y Presidencia de aquellas teledirigieran el proceso de elección por parte de los grupos y no, como hasta ahora, los partidos políticos. Pero, algo es obvio: el dominio de las direcciones de los partidos, que extienden sus tentáculos al sistema constitucional por entero y, especialmente, a un órgano elemental para el Estado de Derecho, el Tribunal Constitucional. Se busca un órgano que ratifique las decisiones e intereses de una determinada mayoría parlamentaria. Por ello, las críticas que aquí se han hecho del actual modelo, no tienen mucha posibilidad de hacerse viables. Aquello que vaya en mejora de la legitimidad de las instituciones constitucionales, en favor de la dispersión, el control y de una expresión justa de poder y, en este caso, del Tribunal Constitucional, parece quedar en el terreno de la utopía.

Separar los poderes constituidos y, preservar al poder constituyente de los mismos, debe pasar necesariamente por volver a legitimar al Tribunal Constitucional. Sin embargo, aunque es amplio el sector de la doctrina que advertimos de riesgos y peligros, no podemos dejar de tener presente lo que uno de sus magistrados más reconocidos de su Historia, Francisco Tomás y Valiente expresaba, que la vida y el prestigio de las instituciones depende tanto de lo que ellas hacen como de lo que se hace con ellas. Y, tampoco parece que el propio Tribunal esté actuando de acuerdo con la función que le corresponde desempeñar.

O, por lo menos, es incapaz de mostrarse imparcial y neutral o, si lo hiciese de forma adecuada al espíritu de la Constitución, devendría en un órgano disfuncional (sin *quorum*). Tenemos un órgano parcializado, no colegiado; politizado, o sin apariencia de neutralidad e independencia y, ello depende sin duda, del papel que están jugando sus magistrados; cada vez más alineados en bloques y que hacen de las deliberaciones del Tribunal una lucha partidista más. Por todo lo antes dicho, confirmamos que el Tribunal Constitucional está cotizando a la baja.

El problema es tal que pretende en esencia el control y, no la independencia real de los poderes. Una cuestión tan poco estética como desaconsejable, si lo que se

³⁸ RODRÍGUEZ, Ángel. De la judicatura a la política y viceversa. El ejercicio de funciones jurisdiccionales después de ejercer otras funciones públicas. **Teoría y Realidad Constitucional**, Madrid, n. 50, p. 185-217, 2022. p. 199.

pretende es dotar de una confianza ciudadana a las instituciones preconcebidas como imparciales. No quiere decirse con ello que el designado como vocal o magistrado que se haya desempeñado anteriormente en responsabilidades políticas o ejecutivas esté imposibilitado de actuar con neutralidad ni que el que no lo haya hecho, huya con plena seguridad de posibles tentaciones ideológicas. Pero evidentemente, la sombra de la duda está más abierta en el primero de los casos.

En suma, la politización de los órganos constitucionales llamados a ser imparciales y consecuentes en la búsqueda del interés general que supone el ejercicio de sus funciones y prerrogativas constitucionales se nutra de actuaciones externas e internas. Dentro de estas últimas, es preocupante la alineación que se produce en torno a los bloques “conservador” y “progresista”, ya sea por parte de los propios magistrados del Tribunal Constitucional, tanto en su actuación dentro de las instituciones como de la traslación de una visión politizada cuando los mismos comparecen ante la opinión pública. Incluyendo cuando lo sea a través de sus actos -y hasta tal punto que se llega a plasmar en algunos fallos y votos particulares- o, cuando muestran sus pareceres sobre asuntos de política general en medios de comunicación, asumiendo tales posiciones. Por lo que devolver la legitimidad al Guardián de la Constitución parece ser un ejercicio utópico. Deseemos no tener que preguntarnos como se preguntaba Carl Schmitt, ¿quién vigila al vigilante?

5. REFERENCIAS

AGUIAR DE LUQUE, Luis. El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión. **Revista de derecho político**, Madrid, n. 24, p. 9-30, 1987.

BIGLINO CAMPOS, Paloma. **Los vicios en el procedimiento legislativo**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco Manuel. El casco de Hades y la independencia judicial. **Revista de Estudios Políticos**, Madrid, n. 198, p. 69-91, 2022. p. 83.

DE VEGA, Pedro. **La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente**. Madrid: Tecnos, 2013.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. Sobre la designación de los magistrados constitucionales: una propuesta de reforma constitucional. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, n. 105, p. 13-49, 2022.

FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo. **Revista de Estudios Políticos**, Madrid, n. 81, p. 47-72, 1993.

FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. **Ensayos de justicia constitucional sobre derechos y libertades**. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2009.

GARGARELLA, Roberto. Independencia judicial, “medios constitucionales y motivaciones personales”. Una nota. **Revista de Estudios Políticos**, Madrid, n. 198, p. 219-238, 2022.

GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, Piedad. Regeneración del parlamento, transparencia y participación ciudadana. **Teoría y Realidad Constitucional**, Madrid, n. 36, p. 171-216, 2015.

GARCÍA PELAYO, Manuel. El “status” del Tribunal Constitucional. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, n. 100, p. 15-37, 2014.

KELSEN, Hans. **Escritos sobre Justicia Constitucional**. Madrid: Tecnos, 2021.

LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki. **Parlamento, Tribunal Constitucional, separación de poderes (con obligada referencia a Cataluña)**. Vitoria: Instituto Vasco de Administración Pública, 2020.

LÓPEZ DE LERMA GALÁN, Jesús. El control de la actividad parlamentaria como garantía del sistema constitucional. **Estudios de Deusto: revista de Derecho Público**, Bilbao, vol. 69, n. 1, p. 49-79, 2021.

LOZANO MIRALLES, Jorge; SACCOMANNO, Albino. **El tribunal constitucional. Composición y principios jurídico-organizativos (el aspecto funcional)**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

MATÍA PORTILLA, Francisco Javier. Sobre la adscripción partidaria de los magistrados del tribunal constitucional y su invocación en el proceso. **Teoría y realidad constitucional**, Madrid, n. 34, p. 235-268, 2014.

PEGORARO, Lucio. Control jurisdiccional vs. control político: la erosión de una categoría dicotómica. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, vol. 23, n. 1, p. 43-86, 2019.

RUIZ-RICO RUIZ, Catalina. La transparencia como límite de la autonomía parlamentaria en las Asambleas Legislativas autonómicas. **Revista de derecho político**, Madrid, n. 99, p. 263-299, 2017.

RODRÍGUEZ, Ángel. De la judicatura a la política y viceversa. El ejercicio de funciones jurisdiccionales después de ejercer otras funciones públicas. **Teoría y Realidad Constitucional**, Madrid, n. 50, p. 185-217, 2022.

RUFINO DO VALE, André. **La deliberación en los tribunales constitucionales. Un estudio empírico de las prácticas deliberativas del Tribunal constitucional de España y del Supremo Tribunal Federal de Brasil**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017.

SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución**. Madrid: Tecnos, 1983.

TEORIA Y REALIDAD CONSTITUCIONAL. Encuesta: Renovación del Tribunal Constitucional. **Teoría y realidad constitucional**, Madrid, n. 28, p. 13-90, 2011.

TOMÁS Y VALINETE, Francisco. **Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.

TROVAO DO ROSARIO, Pedro. Tribunal Constitucional: ¿un legislador negativo o positivo? **Revista de Derecho UNED**, Madrid, n. 16, p. 713-740, 2015.

WALDRON, Jeremy. **Contra el gobierno de los jueces: ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congresos y en los tribunales**. Buenos Aires: Editorial Siglo XXI, 2018.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

ADDITIONAL INFORMATION

Editores responsáveis	
Editor-chefe	Daniel Wunder Hachem
Editor-adjunto	Luzardo Faria