

ESTUDIOS

LA INDEPENDENCIA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL A EXAMEN

PATRICIA RODRÍGUEZ-PATRÓN
ASUNCIÓN DE LA IGLESIA CHAMARRO
COORDINADORAS

PRÓLOGO DE MANUEL ARAGÓN REYES



INCLUYE LIBRO
ELECTRÓNICO

III ARANZADI

© Patricia Rodríguez-Patrón Rodríguez, Asunción de la Iglesia Chamarro (Coords.), 2025
© ARANZADI LA LEY, S.A.U.

ARANZADI LA LEY, S.A.U.

C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
www.aranzadilaley.es

Atención al cliente: <https://areacliente.aranzadilaley.es/>

Primera edición: 2025

Depósito Legal: M-9059-2025

ISBN versión electrónica: 978-84-1078-307-2

ISBN versión impresa con complemento electrónico: 978-84-1078-306-5

Diseño, Preimpresión e Impresión: ARANZADI LA LEY, S.A.U.

Printed in Spain

© ARANZADI LA LEY, S.A.U. Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, ARANZADI LA LEY, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

ARANZADI LA LEY no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, ARANZADI LA LEY se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

ARANZADI LA LEY queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

ARANZADI LA LEY se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de ARANZADI LA LEY, S.A.U., es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Índice General

	<i>Página</i>
NOTA INTRODUCTORIA.....	19
PRÓLOGO	21

PARTE I LA CENTRALIDAD DE UNA JUSTICIA CONSTITUCIONAL INDEPENDIENTE EN EL SISTEMA DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO 1

LA INDEPENDENCIA DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y LA DISPUTA SOBRE LA DEMOCRACIA

ÁNGEL RIVERO RODRÍGUEZ	35
1. Introducción	35
2. ¿Qué es la democracia?	38
3. La democracia de los antiguos y la democracia de los modernos.	41
4. El parlamentarismo y el origen de la democracia contemporánea.	42
5. Las dos tradiciones de la democracia: la democracia constitucional y la democracia soberanista o plebiscitaria	43
6. La democracia soberanista y el socialismo: Rousseau y Marx	47
7. Las nuevas amenazas a las democracias liberales.	50
8. Conclusiones: la independencia de los tribunales constitucionales como garantes de la institucionalidad democrática .	52

CAPÍTULO 2

LOS LÍMITES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL: DEL «TRIÁNGULO DE LAS BERMUDAS» AL «CUADRILÁTERO CONSTITUCIONAL»

ANTONINO SPADARO.....	55
1. La «justicia constitucional» como pilar indispensable del Estado de Derecho contemporáneo	56
2. De la legitimación monista (<i>mera democracia</i>) a la legitimación pluralista del poder (<i>democracia constitucional</i>): el reconocimiento de la existencia de valores metademocráticos .	58
3. Necesidad lógica, junto a los órganos «políticos» de elaboración de políticas (<i>poderes</i>), de órganos «jurídico-constitucionales» de garantía (contrapoderes).....	60
4. La función histórica (no perjudicial, sino razonablemente) <i>antimayoritaria</i> de los tribunales constitucionales	62
5. Del «triángulo de las Bermudas» al «cuadrilátero constitucional». Los 4 factores que afectan a los tribunales constitucionales: las cartas, las decisiones de los tribunales inter y supranacionales, la conciencia social, la opinión pública	63
6. ¿Evolución (o involución) de la <i>conciencia social</i> ? La difícil función «equilibradora» de los tribunales constitucionales. El <i>solen</i> de los jueces constitucionales: no sólo «técnicos», sino «sabios»	68

PARTE II

ALGUNOS PROBLEMAS QUE AFECTAN A LA INDEPENDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO 3

INDEPENDENCIA, IMPARCIALIDAD Y NEUTRALIDAD DEL JUEZ CONSTITUCIONAL. UN ENSAYO DE CARACTERIZACIÓN

CECILIA ROSADO VILLAVERDE.....	73
1. Introducción	73

	<i>Página</i>
2. El juez constitucional como garante del Estado constitucional	75
2.1. <i>La independencia como factor externo de los jueces constitucionales</i>	77
2.2. <i>La imparcialidad y la neutralidad: factores internos del juez constitucional</i>	80
3. La transparencia en el proceso de confirmación de la idoneidad del candidato a juez constitucional: una aproximación comparada	86
3.1. <i>La participación de los tres poderes del Estado en la elección del juez constitucional</i>	87
3.2. <i>La exclusión del poder judicial en el proceso de comprobación de la idoneidad de los candidatos a juez constitucional</i>	94
4. La recusación judicial como instrumento perturbador en la justicia constitucional	100
5. Epílogo	108

CAPÍTULO 4

SOBRE LA IDONEIDAD DE LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LOS MECANISMOS Y CRITERIOS DE VALORACIÓN

ASUNCIÓN DE LA IGLESIA CHAMARRO	111
1. Contexto: abuso del recurso a la última palabra y desprestigio del Tribunal Constitucional. La necesaria vuelta a las raíces	112
2. Patologías en el proceso de selección de los magistrados del Tribunal Constitucional	120
2.1. <i>Proceso de designación: perversión y reformas de parte</i>	120
2.2. <i>Sobre el valor de las comparecencias parlamentarias como procedimientos de estimación de la idoneidad</i>	125
2.2.1. <i>Previsión de las comparecencias antes las Comisiones de Nombramientos</i>	125

2.2.2. Desarrollo de las comparecencias: <i>la idoneidad «pactada»</i> . Un trámite parlamentario devaluado por el sistema de «cuotas»	128
3. El Tribunal Constitucional validando a los sustitutos y el intento de controlar al ¿controlador?	129
4. Consideración final: sobre el concepto de idoneidad y su aplicación a los magistrados del Tribunal Constitucional. Una propuesta de máximos	132
4.1 <i>Idoneidad reglada</i>	133
4.2. <i>Idoneidad adicional</i>	135
4.3. <i>Idoneidad colegiada o composicional</i>	139

CAPÍTULO 5

LA IMPARCIALIDAD DE LOS MAGISTRADOS CONSTITUCIONALES: ALGUNAS NOTAS SOBRE LA ÚLTIMA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN

LUIS E. DELGADO DEL RINCÓN	141
1. Breves consideraciones sobre la doctrina del Tribunal Constitucional acerca de las causas de abstención y recusación de sus magistrados	142
1.1. <i>La imparcialidad de los magistrados constitucionales</i>	142
1.2. <i>Algunos elementos que caracterizan la doctrina del Tribunal Constitucional sobre las causas de abstención y recusación de sus magistrados</i>	145
2. Una controvertida inadmisión liminar de la recusación de magistrados constitucionales en un proceso de amparo por la causa del art. 219.10 LOPJ; el ATC 177/2022, de 19 de diciembre	153
2.1. <i>La novedosa inadmisión liminar de la recusación por la falta de legitimación para recusar de los coadyuvantes de la parte demandada</i>	154

	<i>Página</i>
2.2. <i>La inadmisión liminar de la recusación por la causa del art. 219.10 LOPJ al no tener los magistrados un interés directo o indirecto en el proceso</i>	157
3. La inadmisión singular de la abstención de una magistrada constitucional mediante una interpretación muy estricta de la causa del art. 219.16 LOPJ: el ATC 28/2023, de 7 de febrero	161
3.1. <i>Los argumentos de la decisión de la mayoría que justifican la inadmisión de la recusación</i>	162
3.2. <i>Los argumentos esgrimidos en los Votos particulares para justificar la admisión de la abstención</i>	164
4. A modo de conclusión	169

CAPÍTULO 6

UNA PROPUESTA DE REFORMA PARA FORTALECER LA INDEPENDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

MARÍA JOSÉ MAJANO CAÑO	171
1. El Tribunal Constitucional como clave de bóveda del sistema democrático	171
2. Las nuevas amenazas del sistema y la necesidad imperiosa de garantizar la neutralidad y objetividad del máximo intérprete de la Constitución	175
3. Los problemas generados en España por la deficiente regulación en la elección de los miembros del Tribunal Constitucional y las consecuencias para nuestro sistema	181
4. Insuficiencia de una reforma legal y necesidad de reforma del art. 159 CE	188
5. Justificación de la propuesta	191
6. Conclusiones	199

**PARTE III
PROCESO CONSTITUCIONAL E INDEPENDENCIA**

CAPÍTULO 7

**¿INDEPENDENCIA A TRAVÉS DEL PROCESO
CONSTITUCIONAL?**

CLAUDIO PANZERA	205
1. La independencia de los jueces constitucionales: variaciones semánticas sobre el tema	205
2. Sometimiento y autonomía respecto a las reglas procesales. .	209
3. Deconstrucción del problema	210
3.1. <i>¿Proceso o procesos?</i>	211
3.2. <i>¿Proceso o procedimiento?</i>	212
3.3. <i>¿Autonomía o heteronomía?</i>	216
4. Uso y abuso de los cánones procesales: <i>quis (et quomodo) iu- dicabit?</i>	217
5. Ejemplos traídos de la jurisprudencia constitucional	219
6. En conclusión	226

CAPÍTULO 8

**DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y SISTEMA
INSTITUCIONAL EN ITALIA: ¿UNA CUESTIÓN (SOLO)
JURISPRUDENCIAL?**

PAOLO ZICCHITTU	229
1. Lo que está en juego	229
2. Las conclusiones de la Asamblea Constituyente	233
3. El carácter jurisdiccional del control de constitucionalidad ..	238
4. El principio de incidentalidad como «rasgo distintivo» del proceso constitucional	243
5. Las primeras variantes jurisprudenciales	248
6. La casuística más reciente	252

	<i>Página</i>
6.1. <i>La legislación electoral: relevancia y «zonas francas» del control de constitucionalidad.</i>	254
6.2. <i>La ilegitimidad constitucional declarada pero no eliminada . .</i>	257
6.3. <i>Equilibrio presupuestario y efectos temporales de las sentencias que admiten la inconstitucionalidad.</i>	260
6.4. <i>Las hipótesis de inconstitucionalidad diferida</i>	263
6.5. <i>La prisión permanente revisable</i>	267
6.5.1. <i>La inadmisibilidad «con término».</i>	268
6.5.2. <i>La «doble» prórroga</i>	270
7. El valor ordinamental de las reglas procesales	272
8. Algunas observaciones finales	276

CAPÍTULO 9

VOTOS PARTICULARES E INDEPENDENCIA DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES: ¿QUÉ LECCIONES PUEDE APRENDER ITALIA DEL CASO ESPAÑOL?

FRANCESCO BIAGI.	281
1. Introducción	281
2. Una forma embrionaria de disenso: cuando no coinciden el juez ponente y el juez redactor.	284
3. ¿Cómo podría introducirse (posiblemente) el voto particular?	288
4. Pros y contras de la introducción del disenso: el peso del contexto	290
5. La «lección» española	295
6. Reflexiones finales	301

**PARTE IV
INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y
LEGISLADOR**

CAPÍTULO 10

**LA (¿SOPORTABLE?) LEVEDAD DEL SER. DIÁLOGO CON
EL LEGISLADOR Y «DEBILIDAD» EN EL JUICIO DE
CONSTITUCIONALIDAD**

ALESSIO RAUFI	307
1. De la crisis del parlamentarismo a las dificultades de legitimidad de los tribunales constitucionales: ida y vuelta	308
2. Constitucionalismo político: Waldron y la crítica «basada en los derechos».	313
3. Sigue: el cierre al control fuerte de constitucionalidad y el posible papel del control «débil»	317
4. El control débil de constitucionalidad: el sentido «original» de la categoría y las dudas sobre la coherencia interna del modelo	323
5. Ampliación semántica de la distinción entre fuerza y debilidad: el problema del cómo.	331
6. La legitimidad de la Corte Constitucional italiana.	334
7. La orden de remisión a una fecha fija (la llamada doble pronunciamiento).	340
8. A continuación: la intensidad de la advertencia y el margen de intervención del legislador tras la decisión estimatoria. Del «caso Cappato» a la sentencia n.º 135 de 2024.	342
9. Conclusiones. Del control «débil» al doble pronunciamiento. Las condiciones para una levedad (soportable)	346

CAPÍTULO 11

**INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DE LA CONSTITUCIÓN Y
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL**

FEDERICO DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN.	353
1. Introducción: la gran paradoja de la Constitución	353

	<i>Página</i>
2. Las doctrinas de la <i>living constitution</i> y del <i>living tree</i> : origen y evolución	364
3. El derecho a la vida como texto constitucional abierto y vivo	381
4. La nueva e insólita <i>living constitution</i> patria: la evolución normativa como argumento	393

CAPÍTULO 12

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y ALGUNOS CASOS «POLÍTICAMENTE CONTROVERTIDOS» SOBRE CUESTIONES DE TÉCNICA LEGISLATIVA

M. ^a ISABEL ÁLVAREZ VÉLEZ	411
1. Ideas iniciales: el tribunal constitucional en la constitución de 1978 y su desarrollo legal	411
2. La importante labor del tribunal constitucional como órgano independiente del poder político	417
3. La doctrina del tribunal constitucional en relación a cuestiones de técnica normativa: sobre las «normas intrusas»	423
4. A modo de síntesis	429

CAPÍTULO 13

MADRID Y KARLSRUHE: DOS PRECEDENTES EN LA IMPOSICIÓN DE LÍMITES A LA SOBERANÍA «PROCEDIMENTAL» EX ANTE DEL PARLAMENTO MODERNO

CARLOS SÁNCHEZ DE PAZOS PEIGNEUX	435
1. La crisis del principio de soberanía parlamentaria	436
2. Un último reducto de la soberanía parlamentaria en entredicho: la soberanía «procedimental» <i>ex ante</i> del Parlamento como manifestación específica de la autonomía parlamentaria	438
3. Dos resoluciones con idéntico espíritu y un contexto radicalmente diferente: análisis comparativo del ATC 177/2022 y la Decisión de 5 de julio del TCFA	443
3.1. <i>Diferencias y coincidencias apreciables prima facie</i>	443

	<i>Página</i>
3.2. <i>Breve aproximación a las circunstancias fácticas relevantes de ambos supuestos</i>	446
3.3. <i>Examen de los pronunciamientos esenciales de ambas resoluciones respecto de la intervención cautelar de la jurisdicción constitucional en el procedimiento legislativo</i>	450
4. Consideraciones finales. Un posible principio del fin de la soberanía procedimental «ex ante» del Parlamento moderno	460

CAPÍTULO 14

EL JUEZ CONSTITUCIONAL Y EL ESTATUTO DEL NACIDO EN EL EXTRANJERO POR GESTACIÓN SUBROGADA. REFLEXIONES A PARTIR DE UN RECORRIDO JURISPRUDENCIAL EMBLEMÁTICO

MARIA GRAZIA RODOMONTE	465
1. Prólogo. La Corte, los tribunales y el poder legislativo: entre el activismo de unos y la inercia de otros	466
2. Sentencia de la Corte Costituzionale n.º 272/2017, el TEDH y el interés superior del menor	468
3. Adopción en «casos especiales» y las características de eficacia, celeridad y plenitud del vínculo filial entre el adoptante y el adoptado: Decisión Nº 33 de 2021	473
4. Sentencia n.º 79 de 2022 y la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo sobre el estatuto del hijo nacido en el extranjero por gestación subrogada	477
5. La «intrincada trama» entre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la del Tribunal Constitucional y el Tribunal de Casación: el interés superior del menor entre los derechos del menor y la elusión de la prohibición de gestación subrogada	480
6. Observaciones conclusivas	482

**PARTE V
LA AUTONOMÍA DE LOS TRIBUNALES
CONSTITUCIONALES COMO GARANTÍA DE SU
INDEPENDENCIA**

CAPÍTULO 15

**LA ORGANIZACIÓN DE LA CORTE COSTITUZIONALE
COMO INSTRUMENTO PARA GARANTIZAR SU
INDEPENDENCIA**

MATTEO COSULICH.	489
1. Premisa	489
2. Composición de la Corte Constitucional	493
2.1. <i>La elección de los jueces constitucionales.</i>	493
2.2. <i>Elección por las «supremas magistraturas ordinarias y administrativas»</i>	495
2.3. <i>La elección por el Parlamento.</i>	496
2.4. <i>El nombramiento presidencial</i>	502
3. Organización interna de la Corte Constitucional	502
3.1. <i>La autonomía del órgano, en sus diversas formas</i>	502
3.2. <i>La Presidencia de la Corte Constitucional.</i>	505
3.3. <i>El estatuto de los jueces constitucionales.</i>	506

CAPÍTULO 16

**LA AUTONOMÍA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
COMO GARANTÍA DE SU INDEPENDENCIA. ALGUNOS
EJEMPLOS**

PATRICIA RODRÍGUEZ-PATRÓN	511
1. Introducción	511
2. Algunos ejemplos del papel que puede cumplir la autonomía del TC para la garantía de su propia independencia.	512
2.1. <i>Medidas en defensa de su propia posición institucional</i>	513
2.2. <i>Medidas de garantía del óptimo cumplimiento de su función.</i>	516

	<i>Página</i>
2.2.1. Ordenación del proceso y garantía de la homogeneidad de su doctrina	516
2.2.2. Transparencia	523
3. Reflexiones finales	531

Nota Introductoria

El presente libro «La independencia de la Justicia Constitucional a examen» se ha gestado en el marco del proyecto de investigación «La importancia de la independencia del Tribunal constitucional para la Defensa de la Democracia Constitucional» (PID2022-14111NB-I00), correspondiente a la convocatoria de 2022, en el que participan profesores de varias universidades españolas, italianas y también de Latinoamérica (México, Chile y Perú) y del que son Investigadoras Principales las coordinadoras de este trabajo.

El proyecto parte de la crisis institucional intensa que atraviesa la justicia constitucional en España y también en otros países y cómo le afecta también la ola populista y la confusión presente entre lo jurisdiccional y lo político. La afirmación compartida en la doctrina de que un Tribunal Constitucional independiente es una garantía fundamental en una democracia constitucional resulta en la práctica alejada de la imagen del Tribunal Constitucional.

El libro recoge los trabajos de investigación elaborados por profesores italianos y españoles a partir de la discusión de diagnóstico de los problemas de la justicia constitucional abordados en el Congreso internacional celebrado en Madrid los días 21 y 22 de marzo de 2023 (Universidad de Navarra-ICADE, Universidad Pontificia Comillas).

Está estructurado en cinco partes. La primera destaca la centralidad de la justicia constitucional y su independencia en el sistema democrático constitucional, incluye los trabajos de Ángel Rivero Rodríguez y Antonino Spadaro, que coinciden, desde aproximaciones distintas, al afirmar con rotundidad que la justicia constitucional y su independencia son imprescindibles en una democracia constitucional. Los dos capítulos sitúan con finura el papel de la justicia constitucional y los riesgos a los que se enfrenta cuando se confunde el concepto de democracia con la voluntad de la mayoría sin límites o el no reconocimiento de valores indisponibles para el legislador. La segunda parte del libro está integrada por cuatro capítulos sobre independencia, imparcialidad y neutralidad del juez constitucional; ido-

neidad y mecanismos de selección, imparcialidad de los magistrados y, en particular los mecanismos de abstención y recusación; y, por último, una propuesta de reforma para fortalecer la independencia del Tribunal Constitucional español. Los firman, respectivamente Cecilia Rosado, Asunción de la Iglesia, Luis Delgado y María José Majano. La tercera parte del libro la integran los trabajos de tres profesores italianos (Claudio Panzera, Paolo Zicchittu y Francesco Biagi) que conectan el proceso —los distintos procesos constitucionales— con la independencia de la Corte Constitucional, así como la discusión en torno a los votos particulares, inexistentes en Italia, donde, a diferencia de España, la divergencia queda en el seno de la deliberación de la Corte. Entre nosotros, la experiencia del voto particular, permite exponer la discrepancia entre magistrados, pero no siempre resulta favorecedora de una imagen de un Tribunal Constitucional independiente. La parte cuarta es la más extensa y se centra en el nudo gordiano de la actividad del Tribunal Constitucional en relación con el legislador y hasta donde puede llegar en su función el primero. Reúne los trabajos de Alessio Rauti, Federico de Montalvo, María Isabel Álvarez Vélez, Carlos Sánchez de Pazos y María Grazia Rodomonte. Por último, la Parte V relativa a la autonomía de ellos tribunales constitucionales como garantía de la independencia es abordada por Matteo Cosulich, desde la perspectiva italiana y Patricia Rodríguez-Patrón, desde la española.

Las directoras consideramos que el libro se ajusta a lo anunciado en su título, abordando los principales problemas a los que se enfrenta la justicia constitucional y lo hace en perspectiva comparada y ello gracias al compromiso de los autores que han respetado las indicaciones y los tiempos.

El prólogo del profesor Manuel Aragón Reyes es un marco de reflexión que enriquece extraordinariamente el trabajo, al poner, como es habitual en él, su mirada aguda en los tribunales constitucionales y en el deber de estos de someterse a la Constitución para garantizarla y no para «recrearla».

Agradecemos a todos ellos, y muy singularmente al profesor Manuel Aragón sus contribuciones a esta obra.

Prólogo

Las profesoras Patricia Rodríguez-Patrón y Asunción de la Iglesia me han pedido que redacte el prólogo de este libro colectivo que ambas han dirigido sobre la independencia de los tribunales constitucionales. Les agradezco el encargo y lo asumo con gusto, tanto por la importancia incuestionable del asunto como por el excelente contenido de la obra, en la que diversos autores tratan, con solvencia, de los aspectos nucleares de aquella necesaria independencia.

Para comenzar este prólogo me parece conveniente aclarar que la justicia constitucional, en el modelo llamado europeo, no la ejercen sólo los tribunales constitucionales, sino además todos los tribunales ordinarios, en cuanto que ellos también han de aplicar la constitución. De manera que ya no existe el originario modelo kelseniano de dos jurisdicciones separadas, la ordinaria, que aplica la ley y controla los actos y reglamentos, y la constitucional, que aplica la constitución y controla al legislador. Ahora, la justicia constitucional, en Europa y otros países que han seguido el llamado modelo europeo, es una mezcla de organización difusa y concentrada en la que intervienen tanto la jurisdicción ordinaria como la jurisdicción constitucional, correspondiéndole a ésta, a los tribunales constitucionales, la exclusividad para entender de los procesos a ellos atribuidos, aunque desde el punto de vista material esa exclusividad se reduce al monopolio del control constitucional de las leyes y demás normas con fuerza de ley y al ejercicio vinculante de la suprema interpretación de la constitución y de la constitucionalidad de la ley. Este libro se refiere, más que a la justicia constitucional en su conjunto, al ámbito de esa justicia que ejercen los tribunales constitucionales. De ello me ocuparé en este prólogo.

Que los tribunales constitucionales han de ser independientes es tan obvio como que han de serlo todos los tribunales de justicia. Sin tal garantía no existe el Estado de Derecho. Cabe decir, incluso, que esa garantía ha de estar aún más reforzada en el caso de los tribunales constitucionales, ya que su cometido es asegurar, de manera objetiva, el sometimiento de todos los poderes públicos, incluido el más alto, el legislativo, a la suprema norma del ordenamiento, la constitución. Ese tribunal, que es la auténtica clave de

bóveda del sistema jurídico en cuanto que es el máximo guardián de la coherencia constitucional del ordenamiento, sólo puede cumplir esa función de manera legítima y efectiva si la realiza con absoluta independencia.

Las medidas que se adoptan para garantizar la independencia de los tribunales constitucionales son de diversa índole. Por un lado, las referidas a la designación de sus miembros, exigiéndose que participen en ella diversos poderes del Estado, en el caso de los parlamentos por mayorías cualificadas que obligan al consenso, así como que esa designación recaiga en juristas de reconocida competencia. Por otro lado, las referidas a la actuación del propio órgano en el ejercicio de sus funciones, que ha de estar basada en procedimientos objetivos y predeterminados, no sólo para evitar cualquier imagen de politización partidista, sino también para preservar la imparcialidad de sus miembros, a cuyo servicio está el sistema de recusaciones y abstenciones; no debe olvidarse que la imparcialidad, aunque distinguible de la independencia, la acompaña necesariamente. Por último, la referida a la legitimidad de sus resoluciones jurisdiccionales, que han de descansar en razones discursivamente contrastables, esto es, en una sólida fundamentación jurídica capaz de ser reconocida como tal por la comunidad de los estudiosos y profesionales del Derecho. En ese sentido, la posibilidad de que puedan emitirse votos particulares posee, a mi juicio, unas ventajas (propiciar el debate racional sobre la argumentación de las resoluciones) que superan sus inconvenientes (dar cuenta de divisiones internas en el propio órgano).

De todo ello, y de otros aspectos más relativos a la independencia, como, por ejemplo, la necesaria autonomía del órgano, o la duración de los mandatos de los jueces constitucionales o las fórmulas de renovación, se ocupan con solvencia y tino los diversos trabajos que en este libro se contienen, y que no están referidos sólo a España, sino también a algunos otros países con un modelo de tribunal constitucional próximo al nuestro.

En este prólogo lo que me interesa subrayar es el significado de la independencia de los tribunales constitucionales, que no es otro que su exclusiva y fiel sumisión a la propia constitución. También de ello tratan algunos de los trabajos de este libro, pero el asunto es tan importante que quiero extenderme sobre él, porque justamente en ello reside esa independencia, siendo las medidas que se adoptan para conseguirla sólo un medio para garantizarla. Si la independencia de cualquier tribunal tiene su más exacto sentido en que sólo está sometido a la ley y no a cualquier otro tipo de mandato, esto es, en que es libre porque sólo es esclavo de la ley, en el caso de los tribunales constitucionales esa independencia radica, en definitiva, en que es libre porque ha de ser también esclavo, esclavo únicamente de la cons-

titución. Siervo de la constitución, pero no señor de ella. Esa es la cuestión. La gran cuestión de siempre, pero muy viva en nuestro tiempo, acerca de los tribunales constitucionales.

La tensión entre los tribunales constitucionales y la democracia, que es un problema que se ha planteado muchas veces con escasa reflexión, no puede ser abordada con rigor bajo la premisa del carácter «contramayoritario» de aquéllos, sencillamente porque lo propio de los tribunales constitucionales es asegurar la limitación del poder de los demás órganos del Estado y, por ello, el de las mayorías parlamentarias producto de las elecciones populares a fin de evitar que la democracia sea sustituida por el despotismo, que no dejaría de serlo porque fuera el despotismo de la mayoría. Así lo exige el concepto de constitución, del que se desprende, con toda claridad, que los tribunales constitucionales no están desvinculados de la democracia, sino sometidos a la dimensión suprema de la misma: la democracia que crea define y sostiene a la constitución. De ahí que su función sea la de controlar que la democracia de mayoría (la democracia «en» la Constitución) esté subordinada a la democracia de consenso (la democracia «de» la Constitución).

El auténtico problema de la tensión entre tribunales constitucionales y democracia no consiste, pues, en el carácter necesariamente contramayoritario de éstos. Dónde radica, exactamente, es en el entendimiento correcto por aquéllos del texto constitucional, para evitar que de guardianes de la constitución pasen a ser sus dueños. Esto es, para que sirvan fielmente a la democracia de consenso que sostiene a la propia constitución y a sus reformas.

De ahí que esa importante cuestión acerca de la relación entre la democracia y los tribunales constitucionales donde debe situarse, correctamente, es en campo de la interpretación constitucional, en su significado y límites, partiendo de una premisa: que la interpretación de la constitución se distingue de la interpretación de la ley debido a que una y otra son normas también distintas. No sólo por razón de jerarquía (supremacía de la constitución sobre la ley) o de grado de abstracción o indeterminación (mayor en los textos constitucionales que en los legales debido a que la constitución de nuestro tiempo, en su pretensión de regular, además del Estado, las bases de la ordenación de la propia sociedad, alberga un buen número de principios y valores, ya que, por ella, como se ha dicho, «pasan todos los hilos del Derecho»).

Tales distinciones son, sin duda, importantes, pero meramente de grado o cuantitativas, incapaces de fundamentar una distinción cualitativa: la

jerarquía, por sí sola, no tendría por qué afectar, necesariamente, a la textura normativa; las leyes también contienen enunciados generales y abstractos, así como principios y valores o conceptos jurídicos indeterminados, y el hecho de que ello sea más frecuente en la constitución que en las leyes es sólo una cuestión de cantidad, y no de cualidad, como ya he dicho.

Si la diferencia quedase ahí, la interpretación de la constitución no supondría una operación hermenéutica distinta de la interpretación de la ley. La interpretación de ambos tipos de normas, que no es una operación mecánica sino «recreadora», podría realizarse a través de los criterios clásicos usuales y bien conocidos (en España, los previstos en el art. 3.1 del Código civil), que, a su vez, sirven de límite, de sujeción, a la labor del intérprete. Es cierto que en la interpretación de las normas jurídicas no existe, por lo general, una única interpretación posible, aunque sí haya, necesariamente, interpretaciones inaceptables basadas en la arbitrariedad, esto es, desnudas de una fundamentación jurídica razonable, fruto, pues, de la voluntad y no de la razón (de las razones del Derecho), en cuyo caso el intérprete no estaría realizando una operación jurídica, objetiva, sino política o subjetiva.

Dicho ello, y si partiéramos de la hipótesis anterior (la no distinción cualitativa entre constitución y ley), la interpretación legal no se diferenciaría, en cuanto a su capacidad «recreadora» y sus límites, de la interpretación constitucional. Pero una conclusión así habría que desecharla, pues la diferencia fundamental, cualitativa, entre constitución y ley y, por ello, entre la interpretación constitucional y la interpretación legal, radica en otras razones distintas de la jerarquía y del grado de abstracción o indeterminación. Tales razones, que prestan a la constitución una especial singularidad se basan, de un lado, en que las imprecisiones de la ley, cuando no basten los criterios usuales de interpretación para resolverlas, pueden ser remediadas a la luz de la propia constitución (la interpretación constitucional de la ley como último recurso), y en cambio, las imprecisiones de la constitución, cuando no basten los criterios usuales de interpretación, no pueden ser remediadas a la luz de una norma superior a ella, que no la hay (con la salvedad, limitada, en materia de derechos, si la constitución ha dispuesto la remisión interpretativa a tratados internacionales sobre derechos humanos, como sucede en el art. 10.2 CE). Lo que obliga, en esos casos difíciles, a acudir a la teoría general de la constitución para resolver ese problema, de manera que la teoría, en tales casos, se integra necesariamente en la dogmática. Ello supone introducir en la interpretación de la constitución un elemento «extra-normativo», o si se quiere, «extra-textual», que no existe en la interpretación de la ley.

De otro lado, esas razones que distinguen cualitativamente a la constitución de la ley también se basan en que la democracia constitucional es inseparable del pluralismo político, de manera que la constitución, además de contener normas cerradas, ha de tener también normas con un grado suficiente de apertura para que sean posibles políticas legislativas distintas en función de la mayoría electoral de cada momento. A diferencia de los reglamentos, que son ejecución de la ley, las leyes no son exactamente ejecución de la constitución.

Eso no significa que las leyes estén vinculadas sólo de manera negativa a las normas constitucionales, puesto que lo están también positivamente, en la medida en que el legislador únicamente puede hacer aquello que la constitución le permite, de manera que no todos los silencios constitucionales sobre materias concretas suponen la absoluta libertad del legislador para establecerlas o regularlas. La constitución no sólo establece prohibiciones expresas al legislador, sino también implícitas, derivadas del reconocimiento en el texto constitucional de conceptos, reglas, principios y valores, de los que se deduce la prohibición de vulnerarlos.

No obstante, dicho lo anterior, es cierto, como antes se apuntó, que, respetando las prescripciones constitucionales inequívocas (que, obviamente, son un límite a la libertad del legislador), caben distintos desarrollos legales de la constitución según las mayorías parlamentarias que, en cada momento, hayan producido los resultados electorales. Y ello supone, como ya he dicho, otra diferencia cualitativa entre constitución y ley, aparte de la más atrás aludida derivada de la integración de la teoría en la dogmática para la resolución de los casos difíciles. Esta otra diferencia impone que el intérprete constitucional deba realizar su labor respetando el pluralismo político que tiene la obligación de garantizar. Lo que resulta, sin duda, una operación compleja y delicada. Compleja porque ha de desentrañar el ámbito de pluralismo o apertura que subyace en los diversos preceptos constitucionales, dado que, incluso en los declarativos de derechos fundamentales, junto a un ámbito cerrado, indisponible (contenido esencial), existe una zona abierta al pluralismo. Delicada porque el intérprete constitucional no puede ser agente del pluralismo tomando partido por una opción ideológica, que ello corresponde al legislador y no a él.

Son, pues, estas dos diferencias cualitativas entre constitución y ley las que hacen de la interpretación constitucional una tarea de distinta, y no sólo mayor, intensidad «recreadora» que la de la interpretación legal, y que, por ello, necesita de intérpretes especialmente cualificados, más aún cuando esa interpretación es la suprema y vinculante. De ahí la necesidad de que los miembros de los tribunales constitucionales sean juristas suficientemente

versados en la teoría y en la práctica del Derecho, especialmente, aunque no sólo, del Derecho Constitucional. Lo que conduciría a meditar sobre la conveniencia de que los tribunales constitucionales tengan una composición especialmente equilibrada entre miembros procedentes de las altas magistraturas judiciales, destacados profesionales en el ejercicio de la abogacía y profesores universitarios de Derecho de la máxima cualificación profesional. No voy a extenderme sobre ello, sólo lo dejo apuntado.

Una vez constatada la peculiaridad de la interpretación constitucional resulta necesario afirmar que esa interpretación tiene unos límites que no se pueden traspasar, pues si se hiciera, el tribunal constitucional dejaría de estar sometido a la constitución, y de «recreador» de ésta se convertiría en su «creador», esto es, en su dueño, suplantando al poder constituyente y, por supuesto, al poder de reforma. De la misma manera que la constitución no puede ser una página en blanco en la que el legislador escriba a su capricho, tampoco puede ser una página en blanco en la que el tribunal constitucional escriba a su capricho. Si esto fuera así no sólo sufriría el principio de seguridad jurídica, sino, que, en realidad, la propia constitución desaparecería como norma jurídica de obligatoria observancia.

Por ello, los tribunales constitucionales no son libres a la hora de interpretar el texto de la constitución, ya que están vinculados por sus prescripciones literales inequívocas, por los conceptos jurídicos que en el texto se contienen y que poseen un significado generalmente admitido en el mundo del Derecho, y, en fin, por el espíritu, y no sólo la letra, que da el ser a las disposiciones que la constitución contiene. Bajo al nombre de «interpretación evolutiva» no puede esconderse una tarea que desconozca tales límites. Es cierto que toda interpretación jurídica es «evolutiva», en el sentido de que ha de adaptar la norma a nuevas circunstancias, de «vivificarla» y objetivarla, de hacer realidad la máxima de que «la ley es más inteligente que el legislador», en este caso, que la constitución es más inteligente que el constituyente. Lo que no puede la interpretación constitucional es «crear» lo que en la constitución no existe, pues eso no es interpretar, sino «hacer» constitución, «crear» y no «recrear». La labor del intérprete es «descubrir» sentidos que en la norma están, y que pueden derivarse de ella porque, *in nuce*, la norma los alberga, pero nunca «inventar» sentidos que, de ninguna manera, la norma propicia. Por ello, la llamada interpretación constitucional «evolutiva creativa» no pueda tenerse por interpretación, sino por mera y reprochable suplantación del texto constitucional.

De ahí la severa crítica que ha de hacerse a «constructivismos» jurídicos que supongan un activismo jurisdiccional «creativo» y, muy en especial, que conduzcan a la creación por la jurisprudencia constitucional de nuevos

derechos fundamentales. Si el descubrimiento de nuevas facetas, o nuevas titularidades, de un derecho fundamental (un buen ejemplo es la jurisprudencia constitucional española acerca del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE) es una operación legítima y necesaria para dotar de plena efectividad al derecho, la creación de nuevos derechos, conectados únicamente a principios o engarzados a derechos que, conceptualmente, no pueden albergar en su seno derechos «distintos» a ellos, es una operación por completo reprochable, porque significaría introducir modificaciones en la constitución sin seguir su procedimiento de reforma. Nunca conviene olvidar que, eso, para Kelsen, no es otra cosa que un golpe de Estado en sentido jurídico.

Los tribunales constitucionales, en definitiva, no pueden crear nuevos derechos fundamentales, ya que eso compete al poder de reforma constitucional, ámbito reservado a la democracia de consenso que debe ser guardada por el tribunal constitucional, y no sustituida por él. No por obvio debe silenciarse: el tribunal constitucional no es poder constituyente, sino constituido. Un poder constituido esencial para garantizar la vigencia de la constitución y recrear su sentido, no para «crear» normas constitucionales. Además, la creación de derechos fundamentales por los tribunales constitucionales priva a esos derechos de su necesaria estabilidad, con quebranto de la seguridad jurídica, ya que nada impide a un tribunal constitucional futuro modificar la doctrina de un tribunal anterior (lo que a veces se produce, incluso en materia de derechos fundamentales, valga como ejemplo el cambio de doctrina del Tribunal Supremo norteamericano en relación con el aborto).

Lo dicho para los derechos fundamentales es extensivo a cualesquiera otras prescripciones constitucionales, cuyo cumplimiento fiel debe impedir a los tribunales constitucionales actuar «creativamente» al margen de ellas. Como antes dije, respetar los límites que la interpretación constitucional tiene es, en definitiva, el presupuesto de la legitimidad de los tribunales constitucionales, en cuanto que refutaría el argumento acerca de la contradicción entre tribunales constitucionales y democracia y en cuanto que reflejaría su auténtica independencia eliminando (o dejando sin razones), respecto de ellos, la temible tacha de su politización.

Las consideraciones generales que anteceden, aplicables, pues, a todos los tribunales constitucionales, lo son, por ello, al Tribunal Constitucional español, con mayor motivo dado que en su última jurisprudencia ha habido algunas muestras de activismo interpretativo reprochable, y no sólo en materia de creación de nuevos derechos fundamentales, aunque ello sea lo más grave. Una cosa es estimar que la creación de nuevos derechos por la

ley (como opción amparada en el pluralismo político) no vulnera la Constitución, operación plausible, y otra bien distinta atribuir a esos nuevos derechos legales la condición de fundamentales, operación sin duda criticable (porque los blindo frente al pluralismo que el Tribunal debe respetar).

De ahí que, además de aconsejar que el reciente activismo del Tribunal no se repita, no estaría de más proponer algunas medidas concretas para reforzar su independencia e imparcialidad. Así, además de extremarse el rigor en la verificación de la indiscutible solvencia jurídica de los magistrados que deban designarse, debiera establecerse en la Ley Orgánica del Tribunal un sistema de inelegibilidades o prohibiciones que impidiesen el acceso a la jurisdicción constitucional de personas que en el inmediato pasado hubieran desempeñado puestos políticos del máximo relieve. También precisar en esa Ley Orgánica que el voto de calidad del presidente sólo pudiera usarse en las sesiones del pleno, nunca de las salas, ya que cualquier decisión de éstas puede ser avocada al conocimiento de aquél, máxime cuando en las salas se diera un empate, en cuyo caso la avocación debería ser obligatoria.

Sobre todo, y principalmente, resulta necesaria la desaparición del nefasto sistema de reparto de magistrados por cuotas de partido, que es una fórmula que ya fue en su día criticada por el propio Tribunal en su jurisprudencia, en cuanto que traslada, indebidamente, reglas de reparto que, siendo legítimas para las instituciones políticas, no pueden aceptarse para las instituciones jurisdiccionales. Y en cuanto que desvirtúa el consenso requerido por la Constitución para la designación de magistrados de propuesta parlamentaria, ya que la exigencia de una mayoría cualificada de tres quintos, en lugar de significar, como debiera ser, un acuerdo «de todos» sobre «cada uno» de los magistrados a designar, lo único que supone en esos casos de reparto por cuotas es una mera vestidura formal de decisiones unilaterales (sin vetos mutuos) de cada uno de los partidos que concurren en esa mayoría, con la consecuencia de que cada uno de los magistrados de propuesta parlamentaria son en realidad libremente elegidos por cada una de las correspondientes fuerzas políticas. De ahí que se haya podido decir, como si fuera algo normal, que los magistrados «son» de uno u otro partido, al que le deben su designación. Ni que decir tiene que ello afecta seriamente a la imagen pública del Tribunal Constitucional.

Ese reparto por cuotas no ha determinado, sin embargo, una real falta de independencia de los magistrados en todos los casos, pero sí que ha extendido una «apariencia» de dependencia inevitable que se cierne, al menos, en los de propuesta parlamentaria. E incluso en los de propuesta por el Consejo General del Poder Judicial. Por otro lado, respecto de los

magistrados propuestos por el Gobierno, la práctica de designar a juristas independientes, que ha sido la regla generalmente seguida (con pocas excepciones) durante mucho tiempo, ha decaído en los últimos, y ello, sin duda, refuerza la «apariencia» de dependencia o de politización.

También ha afectado negativamente a la independencia del Tribunal el retraso (a veces desmedido) en las renovaciones de magistrados, algo que debiera eliminarse puesto que hay fórmulas (no sólo la alemana) que podrían impedirlo. Aunque entre ellas no está la, a mi juicio, inconstitucional reforma realizada acortando el mandato de los nuevos magistrados por el tiempo transcurrido en el retraso. Aparte de que con ello se vulnera frontalmente el mandato de nueve años previsto en la Constitución, resulta inaceptable que se haga pagar al Tribunal y a los nuevos magistrados por un retraso del que sólo son responsables los órganos constitucionales incumplidores. La renovación por tercios (por bloques de cuatro magistrados) es una medida que no puede sobreponerse a la duración constitucional del mandato.

Algunas consideraciones más me quedan por hacer en relación con la independencia del Tribunal Constitucional español, referidas a las relaciones entre la jurisdicción constitucional, el legislador y la jurisdicción ordinaria. Ya dije, desde el principio, que la independencia no significa sólo libertad frente al poder político, sino también sumisión únicamente a la Constitución. Y por ello, respeto al ámbito funcional que la Constitución atribuye, tanto al legislador como a la jurisdicción ordinaria.

De donde se deriva que, teniendo el Tribunal la potestad de anular las leyes inconstitucionales, no deba tenerla, en cambio, para hacer de legislador positivo, suplantando la potestad legislativa de las Cámaras haciéndole decir a las leyes lo que éstas de ninguna manera dicen. También supone que, en la interpretación constitucional de las leyes, el Tribunal sólo invalide aquellas interpretaciones de la ley por la jurisdicción ordinaria que, de manera inequívoca, vulneren la Constitución, de forma que, en caso de duda, el Tribunal debiera respetar la interpretación de la ley establecida por el Tribunal Supremo. El Tribunal Constitucional, en el ejercicio de esa tarea, no debe imponer al Tribunal Supremo una «mejor» interpretación constitucional de la ley, sino sólo invalidar aquella interpretación del Tribunal Supremo que, de manera indudable, estimara inconstitucional. Con el objetivo de conservar la ley no puede el Tribunal Constitucional manipularla hasta el punto de desfigurarla. En tales casos, en lugar de conservar la ley, lo que entonces debe hacer es anularla.

Y lo mismo sucede con la anulación de sentencias judiciales en los recursos de amparo. Sólo cuando los tribunales ordinarios hayan transgredido,

o no hayan protegido, de manera inequívoca, un derecho fundamental amparable, debiera caber la anulación de sus sentencias, máxime, además, cuando se trate de sentencias penales dado el rigor de la reserva judicial en esa materia. Si ese límite no se guarda, podría decirse, con suficientes motivos, que el Tribunal Constitucional ha incurrido en un exceso de jurisdicción.

Termino con unas reflexiones generales, atinentes, de nuevo, a todos los tribunales constitucionales. En unos tiempos, como los del presente, en que la democracia constitucional se encuentra erosionada en el plano político, se hace más necesario que nunca fortalecer el Estado de Derecho como último reducto para evitar la crisis del sistema. Es cierto que el Derecho no lo puede todo, aunque sin él no pueda conseguirse nada justo y duradero. Revitalizar la democracia constitucional requiere, indudablemente, de cambios en la práctica política que preserven el decoro de las instituciones, las doten de ejemplaridad y fomenten la concordia política y ciudadana sin la cual la democracia constitucional no puede subsistir. Pero pertenece al ámbito del Derecho y no sólo al de la política robustecer los instrumentos de control jurisdiccional.

A la cabeza de esos instrumentos están los tribunales constitucionales. Contar con las medidas adecuadas que preserven su independencia e imparcialidad para que puedan ejercer correctamente su función de garantes de la constitución y, por ello, de la coherencia constitucional del ordenamiento jurídico, es una tarea urgente y necesaria. No porque ahora se carezca de ellas, sino porque las medidas que existen hay que reforzarlas para evitar algunas tendencias actuales de politización de estos tribunales. En tal sentido, acrecentar su legitimidad, de origen, y su legitimación, de ejercicio, es crucial, en el presente, para el mantenimiento de la democracia constitucional. Una legitimidad y una legitimación que ha de sustentarse en el entendimiento de que esos tribunales están previstos, y no me importa repetirlo, para ser los servidores de la Constitución y no sus dueños, y que en esa servidumbre radica su auténtica independencia. A tal finalidad han de estar dirigidas todas las previsiones que se adopten sobre la composición, organización y funcionamiento de los tribunales constitucionales.

El auge de los populismos, la excesiva polarización política, el mal funcionamiento de los partidos, el desprecio al consenso, la erosión del poder legislativo, los excesos del poder ejecutivo, que hoy aquejan a una buena parte de los sistemas políticos democráticos, van unidos a la pérdida de valor de las constituciones, que con frecuencia son inaplicadas o falseadas. Cuando esto último sucede, sólo pueden actuar para corregir esa situación los tribunales constitucionales. De ahí que la colonización política de esos

tribunales sea el mayor obstáculo para que realicen esa necesaria corrección. Más aún, si tal colonización se diera, podríamos asistir al hecho, lamentable, de que no sean sólo los poderes políticos, sino incluso los tribunales constitucionales (politizados) los artífices de la desnaturalización de la democracia constitucional.

Para que ese panorama sombrío no se haga realidad hay que insistir, una y otra vez, en la necesidad de que los tribunales constitucionales sean realmente independientes, legitimados por su solvencia y objetividad, dispuestos a tomarse la constitución en serio alejándose de cualquier tentación de sustituirla o tergiversarla. Porque eso, como ya he dicho, significa ser independientes, esto es, ser esclavos únicamente de la constitución. Ojalá que ese mandato de sujeción incondicionada a la constitución no deje nunca de cumplirse por todos los tribunales constitucionales y, por supuesto, por el Tribunal Constitucional español (como le recuerda el art. 1.1 de su Ley Orgánica).

Termino ya. Este libro que prologo es una excelente muestra de lo que significa la independencia de los tribunales constitucionales, de la constante necesidad de reforzarla, de los logros conseguidos para garantizarla, pero también de los problemas que deben resolverse para evitar su degradación. Felicito a las dos directoras y a los dieciséis autores (españoles e italianos) por el esfuerzo que han puesto en todo ello. Sólo me queda recomendar su lectura, tan necesaria siempre, pero más aún en el presente, dados los intentos que corren de devaluar el mejor instrumento, la constitución normativa y democrática, que la civilización ha creado para ordenar la convivencia ciudadana en paz, libertad e igualdad. Ante esa ingrata situación, que afecta hoy a otros países democráticos y no sólo a España, aunque aquí con especial intensidad, la labor de los tribunales constitucionales adquiere una relevancia excepcional, a condición, claro está, de que la ejerzan con vigor, solvencia e independencia. Su compromiso de garantizar de manera fiel la vigencia efectiva de la constitución es una responsabilidad de la que nunca, y menos ahora, pueden dimitir.

Manuel Aragón Reyes

Catedrático emérito de Derecho Constitucional

Magistrado emérito del Tribunal Constitucional

Académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

Una propuesta de reforma para fortalecer la independencia del Tribunal Constitucional español

MARÍA JOSÉ MAJANO CAÑO
Profesora Asociada de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: 1. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO CLAVE DE BÓVEDA DEL SISTEMA DEMOCRÁTICO. 2. LAS NUEVAS AMENAZAS DEL SISTEMA Y LA NECESIDAD IMPERIOSA DE GARANTIZAR LA NEUTRALIDAD Y OBJETIVIDAD DEL MÁXIMO INTÉRPRETE DE LA CONSTITUCIÓN. 3. LOS PROBLEMAS GENERADOS EN ESPAÑA POR LA DEFICIENTE REGULACIÓN EN LA ELECCIÓN DE LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LAS CONSECUENCIAS PARA NUESTRO SISTEMA. 4. INSUFICIENCIA DE UNA REFORMA LEGAL Y NECESIDAD DE REFORMA DEL ART. 159 CE. 5. JUSTIFICACIÓN DE LA PROPUESTA. 6. CONCLUSIONES.

1. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO CLAVE DE BÓVEDA DEL SISTEMA DEMOCRÁTICO

Ciertamente, supone una obviedad afirmar la importancia que tiene un Tribunal Constitucional en el sostenimiento y preservación del sistema democrático a través de la garantía de la Constitución. En este artículo hemos decidido comparar a esta institución con la clave de una bóveda porque nos parece que el símil arquitectónico aporta la perspectiva que buscamos para apreciar la necesidad de la máxima cautela en la regulación

de una institución tan esencial. Desde el punto de vista arquitectónico, la «clave de bóveda» es la piedra que cierra un arco y hace que éste se sostenga. La clave suele ser de mayores dimensiones que las demás dovelas o piedras y se sustenta debido a su forma, «ya que sus caras laterales están cortadas en ángulo, lo que permite transmitir las presiones y evitar que la construcción se desplome al soportar una carga vertical. Por eso, la última pieza que se coloca en una bóveda es la clave, hasta que no está bien posicionada, la estructura es inestable»¹.

Es un hecho que, desde su creación, los tribunales constitucionales han supuesto un hito, un antes y un después en la garantía y consideración de la democracia constitucional. También es un hecho que hoy en día no puede sostenerse la existencia de una democracia que no sea constitucional, por mucho que algunos movimientos doctrinales minoritarios se empeñen en considerar la Constitución como una limitación anómala y perjudicial para la democracia. Atrás quedó el concepto de democracia como simple sistema de toma de decisiones a través de la mayoría y hoy en día se encuentra plenamente asumido que ese sistema resulta inviable si no existen mecanismos de control que garanticen ese proceso de elección o toma de decisión y el respeto a los derechos de las minorías. En definitiva, regular esos procesos y esos derechos es la función esencial de un texto constitucional y garantizar el cumplimiento de lo regulado en dicho texto es la función esencial de un Tribunal Constitucional allá donde existe, lo que le convierte, como decíamos, nada más y nada menos que en la clave de la bóveda del sistema democrático. Si el Tribunal Constitucional no está bien diseñado, si su regulación resulta imperfecta, volviendo al símil arquitectónico, la estructura democrática se tornará inestable, no aguantará la presión y la estructura entera se acabará desplomando antes o después como si de una bóveda mal construida se tratara. Por ello un Tribunal Constitucional no es una institución más dentro del sistema democrático sino «la institución más débil y compleja del sistema democrático» (dado que es la que más presión del poder político va a aguantar) y, por lo tanto, también, la más necesitada de protección. «El Tribunal Constitucional se convierte en un objetivo obvio del poder autoritario. Como obstáculo potencial, es mejor neutralizarlo de antemano, y mucho mejor subordinarlo y convertirlo en una institución de conflagración»².

1. <https://diccionario.raing.es/es/lema/clave-de-b%C3%B3veda> Real Academia de Ingeniería Diccionario español de ingeniería. Fecha consulta 9 de junio de 2024.
2. KLOPOCKA-JASIŃSKA, Marta, «La debilidad institucional del Tribunal Constitucional como amenaza para el Estado de derecho: el caso de Polonia» en *El Estado de Derecho en el siglo XXI. XX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024. p. 71.

Llegados a este punto, consideramos necesario realizar una precisión a este respecto, pues es cierto que, así como la existencia de un Tribunal Constitucional es contingente, la de la justicia constitucional, sin embargo, resulta necesaria en los modernos sistemas constitucionales³. Podríamos plantearnos si la función de garantía de la Constitución que realizan los tribunales constitucionales en aquellos sistemas en los que se ha instaurado un control concentrado podría ser realizada con mejor o peor resultado por parte de otros órganos del poder judicial. Para llegar a una conclusión mínimamente razonada sobre esta cuestión habría mucho que analizar y, desde luego, no es este el momento oportuno para extenderse en tan complejo y espinoso asunto. Así pues, y dando por hecho que, en España, la Constitución de 1978 instaura un Tribunal Constitucional dentro de un sistema de control básicamente concentrado siguiendo la estela de los sistemas constitucionales europeos, tan sólo dedicaremos estas breves líneas a examinar si la regulación constitucional de esta institución clave y esencial para nuestro sistema, ha sido la más conveniente para que el Tribunal Constitucional haya quedado suficientemente «protegido» de injerencias externas. Después de tantos años de funcionamiento, creemos estar en condiciones de analizar esta cuestión con suficiente perspectiva como para determinar si ello ha sido así o si es preciso modificar alguna de ellas por el bien del propio órgano y, por lo tanto, del propio sistema.

Y es aquí donde debemos detenernos para evidenciar que la doctrina constitucional lleva décadas afirmando que la regulación constitucional a que nos referimos es, como poco, «deficiente». A pesar de ello, pocos de esos autores han conseguido ver la gravedad del problema que esas «deficiencias» podrían generar en el funcionamiento del Tribunal. Corresponde realizar un repaso de las razones esgrimidas por quienes se han ocupado de estudiar esta cuestión y han llegado a la conclusión de que esta institución esencial para el sistema constitucional y democrático no está debidamente preservada de injerencias externas, y de que es preciso protegerla del peligro de «la inevitable tendencia a la instrumentalización por parte de los actores políticos y partidistas» como afirma LÓPEZ GUERRA⁴. Sin

3. No podemos confundir la existencia de una jurisdicción constitucional, que existe en aquellos sistemas de control concentrado o mixto en los que se prevé un órgano específico de garantía constitucional con la existencia de mecanismos de Justicia Constitucional, concepto más amplio, que engloba el conjunto de mecanismos jurisdiccionales para la garantía de la Constitución y que puede materializarse a través de una jurisdicción constitucional o bien a través de mecanismos de control difuso o revisión judicial.

4. LÓPEZ GUERRA, Luis, Los retos al Tribunal Constitucional español desde una perspectiva del constitucionalismo político, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 25, p. 11-34 2021 <https://doi.org/10.18042/cepc/ajc.25.01>.

embargo, no podemos compartir el optimismo de este autor a la hora de concluir sobre la escasa posibilidad de que ello suceda en la práctica pues, como veremos después, ese peligro se ha materializado *de facto* hoy en día y de ser un hecho futuro e incierto se ha convertido en un hecho cierto que nuestro Tribunal Constitucional ha pasado de ser «objeto de deseo» a ser de un modo u otro «objeto de manipulación» por parte de ese poder político y partidista. Ello no significa necesariamente que cuestionemos la profesionalidad de los miembros que integran la institución, pero existen circunstancias derivadas de la regulación del Tribunal que, como poco, afectan a la percepción que la opinión pública y la ciudadanía tienen de su actuación como poco objetiva y partidista (por diversos motivos que analizaremos a continuación), y ello redundará en un absoluto descrédito de la institución. Ese descrédito, en nuestra opinión, supone la muerte del Tribunal Constitucional, pues solo «la apariencia de imparcialidad ante la opinión pública es tan importante como la misma imparcialidad»⁵.

Y es que, en definitiva, «la pura previsión del control de constitucionalidad no asegura que el control vaya a funcionar, de esto hay pruebas sobradas, y parece que una condición para que funcione es la previa afirmación de la normalidad constitucional»⁶. Parece claro que cuando surgen este tipo de tribunales en Europa, su función es la de afianzar principios y reglas democráticas que no están asentadas. La misión principal es la de instaurar los principios constitucionales en democracias constitucionales nuevas o poco consolidadas⁷ y por eso, en aquellas democracias con sistemas constitucionales estables como la británica, no han sido necesarios⁸. Pero resulta fundamental para que este órgano funcione que tenga prestigio y una legitimidad debidamente justificada porque, «al contrario de lo que sucede en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, la función de estos tribunales especiales, en realidad, no es la de resolver casos, sino la de fijar las reglas claras para evitar que se planteen conflictos sobre determinados temas en el futuro»⁹. Y por ello mismo, incluso hay autores que afirman que la función que se encomienda a estos tribunales no podrían cumplirla de igual modo los jueces ordinarios y no sólo por el tipo de resolución de conflictos que de ellos se espera, sino también «porque el modo peculiar de

5. LÓPEZ GUERRA, Luis, *op. cit.* p. 15.

6. AHUMADA, Marian. *La Jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*, Ed. Aranzadi S.A., 2005, p. 45.

7. Así se instauran, por ejemplo, en Austria, Alemania, Italia o España tras años de regímenes totalitarios.

8. PIZZORUSSO, Alessandro, «Comentario al art. 134 de la Constitución italiana», en Branca, G. (ed.) *Commentario della Costituzione: Garanzie Costituzionali*, Bolonia-Roma, 1981, p. 17.

9. AHUMADA, Marian, *op. cit.* p. 45.

reclutamiento de los jueces constitucionales les confiere un plus de legitimidad frente a los ordinarios»¹⁰. Quizás en este punto no podemos estar completamente de acuerdo con esa afirmación, pero lo que no podemos cuestionar es que la función esencial que cumple este órgano, allá donde existe, requiere siempre de una percepción de legitimidad para su correcto funcionamiento y que, perdida aquella, el órgano simplemente deja de cumplir su función esencial de protección del sistema constitucional con las consecuencias que ello conlleva.

2. LAS NUEVAS AMENAZAS DEL SISTEMA Y LA NECESIDAD IMPERIOSA DE GARANTIZAR LA NEUTRALIDAD Y OBJETIVIDAD DEL MÁXIMO INTÉRPRETE DE LA CONSTITUCIÓN

A pesar de la función esencial para la que fueron creados, lo cierto es que la actuación de los tribunales constitucionales actuales no responde exactamente a la que en su día planificó Kelsen. Teniendo en cuenta que estos órganos nacieron en Europa dentro de sistemas parlamentarios, es preciso constatar la transformación que estos sistemas han sufrido desde entonces y la afección que ello ha generado en la actuación de los tribunales constitucionales. Para empezar, los parlamentos han sufrido una fragmentación que sitúa a los gobiernos al frente de la interlocución con el Tribunal Constitucional. El sistema de partidos ha contribuido a difuminar la tradicional separación de poderes entre legislativo y ejecutivo, situando a los jueces como verdadero contrapeso del poder. Aunque según Kelsen, un Tribunal Constitucional no es poder judicial, su función se ha convertido igualmente en parámetro de control esencial de la actividad del sistema democrático. La politización de este órgano resulta, por tanto, letal para el sistema.

Podría pensarse que nada de lo dicho afecta a la función encomendada al Tribunal Constitucional, dado que hoy día los sistemas constitucionales en los que surgieron los tribunales constitucionales son ya democracias consolidadas y por lo tanto, la función que cumple el órgano que examinamos no es tan importante ni tan necesaria. Nada más lejos de la realidad. En aquellos sistemas en los que existe un Tribunal Constitucional al frente del control y garantía de cumplimiento del texto constitucional, su correcto funcionamiento resulta esencial para hacer frente a las nuevas amenazas que se ciernen sobre los sistemas democráticos y que no provienen del exterior, como pudiera suceder en otros tiempos, sino que surgen de dentro: los populismos. La anomalía introducida por un Gobierno bajo el control

10. AHUMADA, Marian, p. 45, citando a Rubio Llorente.

de movimientos populistas podría impedir el correcto funcionamiento de las instituciones básicas del Estado, y, por ende, el funcionamiento adecuado del propio Tribunal Constitucional, convirtiéndolo en una institución irrelevante para el control del poder en el mejor de los casos, y pernicioso en el peor de ellos, al actuar como agente legitimador de sus decisiones. Si esto fuera así, el papel de garante de la Constitución encomendado a este órgano se tornaría en más que cuestionable, teniendo en cuenta que no podría constituir un freno efectivo para el poder cuando más se necesita, esto es, cuando existe un peligro grave y real para la Constitución y para el propio sistema. Por lo tanto, y si esto fuera así, llegaríamos a la conclusión de que el Tribunal Constitucional solo funcionaría de modo correcto y podría cumplir su función de garante en situaciones favorables de estabilidad y que no presentasen un peligro real de involución democrática, lo cual, además de paradójico, podría convertir a este órgano en una institución inútil¹¹.

Es conveniente recordar que, así como en los sistemas de control difuso, el mayor inconveniente es el de la inseguridad jurídica generada por la posible disparidad de decisiones¹², debido a su diseño constitucional, el mayor riesgo de los órganos encargados de la justicia constitucional en un sistema concentrado, los tribunales constitucionales, es el de su politización. Ciertamente, este riesgo de politización se ha venido considerando un «mal

-
11. MAJANO CAÑO, María José, «El papel de los tribunales constitucionales ante el avance de los populismos y el peligro de involución democrática» (pp. 773 a 853) en Díaz Revorio, F. J. y otros, *Constitución y control jurisdiccional del poder. Estudios en homenaje a Eduardo Espín*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024, p. 806 y ss. En dicho estudio intento profundizar en el concepto de populismo y sobre si pudiera y cómo, en su caso, reaccionar un Tribunal Constitucional a las estrategias populistas. Asimismo, es preciso tener en cuenta que la estrategia de los populismos también ha variado desde su origen y que, en la actualidad, el mayor peligro se encuentra en la asunción de estrategias populistas por los partidos tradicionalmente democráticos y no sospechosos de tendencias autocráticas, cuya deriva populista, puesta en práctica de modo más o menos sutil a través de un líder carismático, resulta más difícil de detectar para el pueblo. Finalmente, la estrategia populista que se materializa de este modo puede colonizar las instituciones sin que apenas nos demos cuenta y ahí es donde la capacidad de reacción del máximo órgano garante de la Constitución resulta esencial para frenarla. Si dicho órgano no se encuentra bien configurado y a través de su composición partidista y politizada acaba asumiendo los postulados del poder, resultaría muy complicado poner freno a la involución democrática.
12. Bien es verdad que este inconveniente se mitiga, sobre todo en los países de tradición anglosajona y que funcionan a través del mecanismo de *stare decisis*, mediante la centralización de la decisión última en una Corte Suprema que, de pronunciarse sobre el asunto, tendrá efectos prácticos que resultan muy similares a los efectos *erga omnes* o de expulsión de la norma que se produce en los sistemas de control concentrado.

menor» y, en todo caso, evitable o minimizable a través de la regulación constitucional y legal de los parámetros de configuración y funcionamiento del propio órgano. Ello ha hecho que los tribunales constitucionales hayan proliferado en la mayoría de los sistemas, sobre todo en aquéllos con escasa tradición democrática que se han incorporado a ella tras la Segunda Guerra Mundial, como ya hemos indicado, o en aquellos que se democratizaron tras la desaparición de la antigua Unión Soviética. Pero precisamente la posibilidad de control de este órgano a través de la modulación de su configuración y funcionamiento ha sido vista con buenos ojos desde los regímenes autocráticos de apariencia democrática, que han llegado a la conclusión de que un Tribunal Constitucional debidamente controlado desde el poder resultaba mucho más efectivo y conveniente para ofrecer una legitimación adicional a sus decisiones.

Debemos tener en cuenta que la mayoría de los regímenes populistas existentes hoy en día en algunos de los países de nuestro entorno, en apariencia funcionan como un sistema democrático moderno más¹³. A modo de ejemplo, baste indicar alguno de los existentes en distintos continentes como pueden ser Venezuela o Rusia. Los dos tienen una Constitución en la que aparentemente se «garantiza» la separación de los poderes del Estado a través de la regulación de diversas instituciones y que supuestamente garantiza también los derechos de los ciudadanos. Asimismo, en dicho texto constitucional se incluye además la creación de un órgano específico de jurisdicción constitucional de modo similar a como lo hacen los sistemas realmente democráticos. El problema reside en que toda esta estructura constitucional, normativa e institucional es tan solo pura apariencia. En la práctica, no existe tal garantía de los derechos, se produce una perversión en el funcionamiento de las instituciones y, en definitiva, todo está bajo el control del ejecutivo, a cuyo frente se suele situar un líder carismático. En estos sistemas, las instituciones de control del poder, bien a través de los jueces o bien de un Tribunal Constitucional u órgano similar, se hallan en realidad mediatizadas por el propio poder al que deberían controlar. En resumen, lo que queremos poner de manifiesto es el hecho constatado pero que a veces se nos olvida, de que la mera existencia de una Constitución que reconoce unos derechos y regula unas instituciones para su cumpli-

13. Me estoy refiriendo a las democracias constitucionales en las que existe solo en apariencia separación de poderes, garantía de los derechos y libertades y un funcionamiento adecuado de las instituciones, incluyendo las de control del poder. En esta consideración no tenemos en cuenta aquellos países que disponen de una construcción claramente distinta como pueden ser China, Corea del Norte o países de clara influencia en el gobierno de la religión musulmana.

miento y protección no es suficiente garantía de que exista un verdadero Estado de Derecho democrático¹⁴.

Esta situación que describimos, de polarización política extrema y perniciosa del órgano garante de la Constitución que va en aumento por el auge del populismo, y que podría parecer exclusiva de determinados Estados sin tradición democrática, en realidad, comienza a afectar de modo creciente y significativo a las democracias más consolidadas del mundo. En la actualidad, esos populismos se extienden sin control incluso en las estrategias de partidos tradicionales que fueron siempre respetuosos con las reglas democráticas y que han llegado al poder o están en riesgo de hacerlo en numerosos sistemas de los distintos continentes poniendo en práctica estrategias populistas. La polarización de la sociedad en los sistemas democráticos actuales es patente¹⁵. Pero, además, los movimientos populistas ya no tienen por qué presentarse bajo las siglas de un nuevo partido político, pues se está produciendo un curioso fenómeno de asunción de estrategias populistas por parte de partidos tradicionalmente democráticos (con independencia de la tendencia ideológica) que, una vez llegados al poder, acaban haciendo suyas y aplicando recetas populistas para mantenerse¹⁶. Y cuando hablo de estrategias populistas me estoy refiriendo no a estrategias más o menos

14. LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, traducción del original de la obra *Political Power and the governmental Process (1957)*, por Alfredo Gallego Anabitarte, Editorial Ariel, Barcelona, primera edición 1965, reimpresión de 1982, pp. 216 y ss. En la misma línea y más recientemente, LEVINSKY, S., y ZIBLATT, D., *Cómo mueren las democracias*, Ariel 2018, p. 122, consideran que no basta con la existencia de una Constitución y unas las reglas escritas y que el cumplimiento de las reglas no escritas del sistema de democracia constitucional resulta esencial para poder determinar la existencia real o el cumplimiento de dicho sistema.
15. Recientemente se han celebrado elecciones a la Asamblea en Francia y los resultados de la primera vuelta pusieron de manifiesto la polarización existente en la sociedad francesa, pues los votos se han repartido en las opciones de extrema izquierda y extrema derecha. La Agrupación Nacional (RN por sus siglas en francés) obtuvo el 33,1% de los votos, el Nuevo Frente Popular el 27,99% y Juntos, la coalición presidencial, el 20,04% <https://www.france24.com/es/francia/20240630-elecciones-legislativas-de-2024-siga-los-resultados-de-la-primera-vuelta> (fecha de consulta, 3 de agosto de 2024). Situaciones parecidas se han vivido anteriormente en otros comicios en Colombia, Perú, Chile...
16. Esta tendencia a la asunción de estrategias populistas por parte de partidos tradicionalmente democráticos, en mi opinión, ha podido observarse estos últimos años en el Partido Conservador Británico, sobre todo bajo el liderazgo de Boris Johnson, aunque ya antes, en la era Cameron, comenzó a observarse esa deriva, llegando incluso a celebrar el referéndum sobre el Brexit, y que condujo a la salida de la Unión Europea, o en EEUU en el Partido Republicano bajo el Gobierno del Presidente Trump que aglutinó el *voto protesta o visceral* ante el descontento popular. También observamos esta misma tendencia en España en el Partido Socialista que ha gobernado en los últimos años bajo el liderazgo de Pedro Sánchez.

cuestionables encaminadas a la captación del voto popular, sino a las estrategias que definen lo que se ha dado en llamar «populismo» y que se sitúan fuera del sistema democrático constitucional con tácticas para la exclusión moral del adversario político y tendencias autocráticas de colonización de las instituciones para perpetuarse en el poder¹⁷.

Esta situación seguramente sea la más peligrosa para la supervivencia de un verdadero sistema democrático, pues resulta más difícil prever el peligro proveniente de un partido que tradicionalmente ha venido defendiendo valores democráticos y ahora renuncia a ello (por supuesto de modo implícito) ante la rentabilidad ofrecida por la estrategia populista. Sin duda esta estrategia le ofrece a cualquier partido una forma más fácil de perpetuarse en el poder que la que consiste en convencer a la opinión pública sobre determinadas cuestiones que no resultan de su agrado a fin de poder ganar las elecciones. La estrategia populista, como decimos, puede detectarse cuando el partido en cuestión comienza a colonizar las instituciones democráticas de control y de este modo, sin que la opinión pública pueda percibir cambios evidentes «en la superficie», se está dinamitando la base del sistema democrático. Es así de simple y así de sencillo.

Así pues, la importancia de dotar al Tribunal Constitucional de una regulación precisa y que garantice su independencia, no sólo en la normativa que prevé sus competencias y funcionamiento, sino también y sobre todo en el modo de elección y renovación de sus miembros, resulta por ello esencial. Somos conscientes de que gran parte de la doctrina constitucional opinará que resulta inútil luchar contra el control de las instituciones por parte del poder cuando es tan grande que resulta capaz de pervertirlas de modo imperceptible y silencioso. Sin embargo, no queremos renunciar a ese intento aparentemente inútil pues en nuestra opinión, si la normativa que regula una de las instituciones más importantes, como es el Tribunal Constitucional, es sólida y establece suficientes garantías frente al poder, la perversión del sistema resultará, al menos, más complicada. Parece obvio que resulta imposible blindar una vivienda para impedir que entren ladrones y somos conscientes de que si se empeñan en entrar encontrarán cómo y por dónde hacerlo. Sin embargo, ello no es justificación para dejar la puerta de la casa abierta o para no intentar dificultar su entrada.

17. Para la mejor comprensión de cómo actúan y de los efectos que causan las estrategias populistas, debemos recomendar la lectura de MÜLLER, Jan-Werner, *¿Qué es el populismo?*, traducción del original *What is Populism?* (2016) por Clara Stern Rodríguez, Editorial Grano de Sal, CDMX, 2017. Asimismo, la obra ya citada de MAJANO CAÑO, María José, «El papel de los tribunales constitucionales ante el avance de los populismos y el peligro de involución democrática» que incide precisamente en esta cuestión.

Por ello, no podemos compartir las posiciones doctrinales que, tras evidenciar tempranamente y de modo atinado el peligro de politización en la que se encuentra ya inmerso nuestro Tribunal Constitucional, acaba concluyendo que solo es posible aplicar soluciones de carácter extrajurídico: confiar en el autocontrol de quienes ejercen como magistrados¹⁸ o en el cumplimiento de unas reglas morales por parte de los políticos y los ciudadanos¹⁹. Tampoco podemos compartir la posición de quienes, evidenciando el peligro de politización en este órgano fundamental, consideran que a pesar de ello, el mayor peligro no reside tanto en el sistema de nombramiento por cuotas como en el retraso en los nombramientos generada por la actitud de bloqueo de los partidos cuando entienden que la relación de fuerzas les será desfavorable²⁰ y aun así, tampoco proponen una posible solución para atajar esta actitud.

Es preciso buscar soluciones de carácter jurídico que, a pesar de sus limitaciones ante la grave amenaza que acecha al sistema, consigan, al menos, dificultar de un modo u otro la politización y control del Tribunal Constitucional. Para ello, ya anticipamos que consideramos esencial modificar el sistema para la elección de los magistrados, proponiendo que la elección colectiva pase a ser individual por parte de las Cortes Generales, sin intervención del Gobierno ni el CGPJ, con una mayoría más cualificada, debiendo alargar la duración del mandato y establecer sanciones para caso de bloqueo de los acuerdos para la designación de magistrados. Asimismo, resultaría muy conveniente establecer requisitos mínimos para el acceso al órgano constitucional, así como un sistema de incompatibilidades que resulte eficaz para evitar la politización. Desarrollaremos mínimamente, dada la limitada extensión de este estudio, los argumentos que nos llevan a realizar estas propuestas y no otras en los siguientes puntos.

18. Así, por ejemplo, RUBIO LLORENTE, Francisco, en «Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional». *Revista de Derecho Político*, n.º 16, 1983, p. 30, ZAGRABLESKY, G., *La giustizia Costituzionale* Il Mulino, Bolonia, 1977, p. 363, o GARCÍA MARTÍNEZ, María Asunción, «El Tribunal Constitucional. De la legitimidad de origen a la de ejercicio», en *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 21, 2009 (pp. 107 a 144), p. 141.
19. LEVITSKY, S. Y ZIBLATT, D. *op. cit.*
20. LÓPEZ GUERRA, Luis, *op. cit.* p. 33.

3. LOS PROBLEMAS GENERADOS EN ESPAÑA POR LA DEFICIENTE REGULACIÓN EN LA ELECCIÓN DE LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LAS CONSECUENCIAS PARA NUESTRO SISTEMA

El art. 159.1 de la Constitución española de 1978 prevé que los 12 miembros que componen el alto Tribunal se elijan cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. Por lo tanto, los miembros nombrados por el CGPJ y los nombrados por el Gobierno se designan de modo independiente y directo y sin necesidad de validación por parte del Congreso ni del Senado por lo que, en realidad, y como indicaremos después, se deja en manos del Gobierno la posibilidad de romper el equilibrio logrado a través de la exigencia de mayorías cualificadas en los nombramientos de magistrados de origen parlamentario.

El punto segundo del art. 159 establece que los miembros del Tribunal Constitucional deberán ser nombrados entre magistrados y fiscales, profesores de Universidad, funcionarios públicos y abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional. Ciertamente, este punto no resulta muy clarificador a la hora de valorar la capacidad de los candidatos, teniendo en cuenta que, del tenor literal del precepto, parece realizarse una identificación entre los quince años de ejercicio de la profesión y la reconocida competencia, o al menos así parece haberse interpretado por parte del Tribunal²¹.

En efecto, hoy, y aunque corresponde al pleno del Tribunal la verificación de cumplimiento de que los candidatos propuestos por los distintos órganos cumplen este requisito, no parece que se haya planteado ninguna negativa como consecuencia de la insuficiencia de capacidad para ser nombrado magistrado en ninguno de los candidatos presentados, dado que los requisitos previstos en la Constitución son excesivamente genéricos. Se trata de una cuestión que entendemos que podría tener una cierta regulación legal, concretando los requisitos de los perfiles que deberían tener los magistrados²². Sin embargo, y siendo esta cuestión importante para deter-

21. OLLERO TASSARA, Andrés, «El condicionamiento institucional de la independencia del Juez», en *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, n. 108-109, diciembre 2023-enero 2024 (pp. 126 a 130), p. 127.

22. En Alemania, por ejemplo, al menos tres de los ocho magistrados de cada Cámara deben ser nombrados desde alguna de las magistraturas de los tribunales federales supremos (Corte Judicial Federal, Corte Federal de lo Administrativo, Corte Federal de lo Civil, Corte Federal de lo Laboral y Corte Federal de lo Social), en las que tienen que haber servido un mínimo de tres años.

ESTUDIOS

La obra presente es una referencia obligada para los estudiosos de la justicia constitucional, en particular, del Tribunal Constitucional español y la Corte Constitucional italiana. Desde la centralidad de la Justicia Constitucional en el sistema democrático, el libro aborda sus límites y desafíos, desde la comprensión de su función, a los problemas de la composición y perfil de los magistrados —selección e idoneidad—, las instituciones de la abstención y recusación o también las posibles reformas no solo regulatorias sino aplicativas de los procesos de selección de magistrados. Por otra parte, se estudian los problemas que surgen conectados con los procesos, la autonomía como garantía de independencia, la organización interna, los modos de resolver y presentar las discrepancias en el seno de los tribunales (votos particulares) o los límites de la interpretación constitucional, con especial referencia a los casos políticamente controvertidos. Estas y otras cuestiones se abordan en un marco especialmente complejo y tensionado para la Justicia constitucional, que no puede escapar al contexto social y político de polarización presente, de populismo y corrientes liberales que están poniendo en riesgo las Democracias constitucionales.

El precio de esta obra incluye la publicación en formato DÚO sin coste adicional (papel + libro electrónico)

ACCEDE A LA VERSIÓN ELECTRÓNICA SIGUIENDO LAS INDICACIONES DEL INTERIOR DEL LIBRO

ISBN: 978-84-1078-306-5

