

## EL ESTADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL\*

Pedro CRUZ VILLALÓN

“To be, or not to be”  
(*Hamlet*, 3.1)

SUMARIO: I. *La buena estrella: Los años 1978-1980.* II. *La reforma de la Constitución, en estado cataléptico.* III. *Paradojas del amparo.* IV. *El estatuto de los magistrados.* V. *Abstenciones y recusaciones.* VI. *Las relaciones con los poderes del Estado.* VII. *El mecanismo de renovación parcial.* VIII. *Por último, las sentencias interpretativas.*

A diferencia del resto de la Constitución, el 30 aniversario le ha llegado al Tribunal Constitucional en una situación a todas luces crítica. No es que nuestra Constitución no tenga otros problemas, pero algunos de ellos se perciben desde antiguo como crónicos (estructura territorial), mientras que con otros hemos aprendido a convivir (Senado), y apenas se perciben ya como problema. En el caso del Tribunal Constitucional, por el contrario, problemas sin duda antiguos han ido agravándose a un ritmo sin precedente en los últimos años. Podría decirse que las diez plagas de Egipto se están abatiendo sobre él. Hay motivos, por tanto, para preguntarse por el “estado” del Tribunal Constitucional casi en términos existenciales.

\*Este texto corresponde, con algunas variantes, a la ponencia presentada en la Universidad de Pau et des Pays de l'Adour en el coloquio celebrado bajo el epígrafe “Treinta años de aplicación de la Constitución Española” los días 17 y 18 de octubre de 2008. Asimismo, fue presentado en el Coloquio Iberoamericano del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional “Una visión de conjunto del Tribunal Constitucional español” el 22 de octubre de 2008. La versión original fue publicada en la *Revista Claves de Razón Práctica*, núm. 191 de abril de 2009.

¿Qué ha sido de este tribunal a los treinta años de su previsión constitucional? Conviene volver la mirada hacia aquel momento fundacional por dos órdenes de razones: primero, porque la distancia del tiempo nos permite valorar mejor lo que se hizo en aquellos años, y segundo porque la obra de los padres fundadores permite destacar el momento que el Tribunal atraviesa.

### I. LA BUENA ESTRELLA: LOS AÑOS 1978-1980

Desde nuestra perspectiva actual, los años 1978-1980 fueron sin duda afortunados, quizá en mayor medida de lo que pudiera parecerlo entonces. La evolución posterior ha dejado a la vista decisiones que se han revelado erróneas, pero no tanto en sí mismas cuanto como consecuencia de la evolución posterior. Hay razón para hablar de una “buena estrella”, tanto en 1978, cuando las Cortes constituyentes, como en 1979, con la ley orgánica del Tribunal (LOTIC), como en 1980 por fin, con la primera composición del Tribunal.

Dicho sencillamente, las decisiones tomadas en el nivel constitucional en 1978 revelaban sabiduría y sentido común, lo mismo desde la perspectiva funcional que desde la orgánica. Doce juristas “de reconocida competencia”, elegidos por un periodo de tiempo considerable y de manera ponderada por los restantes órganos constitucionales, casi todos por una mayoría cualificada, debían asegurar de manera independiente e imparcial nada menos que la normatividad de la Constitución, especialmente desde las perspectivas de la actividad del legislador, de los derechos fundamentales y, por fin, de la distribución territorial de los poderes públicos. Nada menos, cabría añadir hoy, con mayor conocimiento de causa. No era una fórmula acusadamente original, pero su imitación tras la eclosión constitucional europea siguiente a 1989 probaría que nos estábamos situando en el buen camino.

El desarrollo a nivel legislativo de las previsiones constitucionales, por su parte, tuvo lugar de manera desacostumbradamente rápida. Apenas seis meses después de la constitución de la I Legislatura, en los primeros días de octubre de 1979, ya estaba en vigor una Ley orgánica (LO 2/1979, del Tribunal Constitucional) que desarrollaba lealmente las escasas previsiones del título IX de la Constitución. Puede que influyera en ello la conveniencia de que el proceso autonómico contase lo antes

posible con un árbitro a la altura de las circunstancias. En todo caso, se puso particular cuidado en conseguir una norma de alta calidad técnica, acordada entre los partidos mayores, en la que apenas la introducción de un “recurso previo” frente a Estatutos de Autonomía y “demás” leyes orgánicas fue objeto de controversia constitucional.

En fin, la primera composición del Tribunal se llevó a cabo en el respeto del espíritu de las previsiones constitucionales. Sin necesidad de idealizar, la calidad profesional de todos y cada uno de los miembros de aquel primer Tribunal no fue discutida: el Tribunal contaba incluso con algunos de los más prestigiosos juristas del momento, poco menos que los “buques insignia” de nuestro saber jurídico. Y si en cada caso la sensibilidad ideológica resultaba en mayor o menor medida perceptible, no eran en absoluto vistos como “gente de partido”, ni por unos ni por otros. Debieron ser más que raras las ocasiones en las que, en aquellos años, los integrantes del Tribunal aparecieron en los medios de difusión apriorísticamente etiquetados y alineados como “conservadores” o “progresistas”, pretendiendo significar, según los momentos, “anti” o “pro” mayoría parlamentaria del momento.

El Tribunal, esto se ha dicho repetidamente, ejerció sus funciones ante la satisfacción general, por lo menos hasta diciembre de 1983, es decir, hasta la sentencia sobre la nacionalización del holding Rumasa, que en buena medida quedó como un incidente aislado, lo que no quiere decir sin consecuencias. No es que sea mucho tiempo, pero sí suficiente para afirmar que al Tribunal no se le escamoteó un periodo de gracia. No obstante, conforme se alejan aquellos primeros años, las dificultades tienden a aumentar, más o menos lentamente durante la mayor parte de su biografía, de forma más acelerada últimamente, de tal modo que a estas alturas la pregunta es evidente: ¿cómo es posible que una institución vital para la suerte de la Constitución, que comienza sus trabajos en condiciones tan favorables, en lugar de ir consolidando sus posiciones, se ve progresivamente confrontada con obstáculos de todo tipo a los que cada vez encuentra mayor dificultad para dar respuesta?

La pregunta no puede encontrar cumplida contestación en estas pocas páginas. Cabe, sin embargo, intentar aislar y formular algunos de los elementos que, en mi criterio, se muestran como los más débiles de la justicia constitucional española. Esta perspectiva tiene desde luego sus riesgos. Sin necesidad de ser exhaustivo, es fácil ofrecer un balance global de la trayectoria del Tribunal Constitucional español que no le haría,

en modo alguno, justicia. La aportación de la justicia constitucional española al sistema constitucional de 1978 y, en general, a la cultura constitucional europea de estos últimos treinta años es generalmente reconocida, tanto dentro como sobre todo fuera, a pesar de todo, y por lo menos hasta ahora. Pero no es de ese “balance” de lo que en esta ocasión se trata. Interesa más indagar en las claves del momento presente, con la perspectiva temporal que la ocasión también pide, y sobre todo mirando a un futuro que no tiene que ser lejano. De otro lado está también el riesgo que implica siempre la selección de algunos elementos, de entre el conjunto de una problemática amplísima, a nada que se reflexione sobre ella. Al igual que tampoco es fácil ordenar estos elementos, ya sea por “orden de aparición”, o de cualquier otra manera.

## II. LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN, EN ESTADO CATALÉPTICO

El Tribunal Constitucional, para empezar por lo más frío, hace figura de “daño colateral” de la asombrosa inactividad del poder de reforma constitucional, que se ha convertido incluso en uno de los rasgos singulares del sistema constitucional español de 1978. El daño viene a cuento cuando se consideran los diversos e importantes servicios que un “legislador constitucional” efectivamente existente presta a un Tribunal Constitucional, al menos de este lado del Atlántico (la Corte Suprema norteamericana es otra historia).

El legislador constitucional, la reforma constitucional para entendernos, presta al juez constitucional una ayuda impagable al poner a la vista el carácter de derecho positivo de la Constitución que está llamado a garantizar, es decir, no sólo como una ley que fue, una vez, “escrita”, sino que puede ser siempre “reescrita”, siempre desde luego respetando las formas y las condiciones del caso. De este modo, el juez constitucional deja de aparecer como el oráculo de un orden inmutable, para mostrarse como el “administrador”, por así decir, del orden básico decidido por la comunidad política, que lo sigue siendo en tanto ésta última así lo siga queriendo.

Esto puede parecer un tanto abstracto. Más tangible es la repercusión sobre la conducta del legislador. Si los cambios en la Constitución son políticamente viables, el legislador se encontrará tanto menos tentado a forzar más allá de lo razonable el texto de la Constitución a la hora de

adoptar medidas que pueden resultar vivamente aconsejadas por la situación política, medidas que no son ilegítimas en sí mismas, pero que requieren la intervención del legislador “de las grandes ocasiones”. En tales casos, el legislador ordinario se transmutará en legislador constitucional, ahorrando así al Tribunal Constitucional la brieda con asuntos más que candentes.

Y, de forma parecida, la posibilidad real de “activación” del legislador constitucional permitirá eventualmente reaccionar dando la respuesta legislativamente adecuada a una declaración de inconstitucionalidad, sencillamente reformando la Constitución. Esto, lejos de un inevitable fraude a la Constitución, debe verse como una respuesta legítima e incluso benéfica, al menos en un cierto número de casos. De esta manera, la resolución del Tribunal no sitúa en todo caso a la vida política en una especie de callejón sin salida, sino que únicamente marca el procedimiento legislativo correcto.

Nada de esto en nuestro caso. Por supuesto, la percepción de esta anomalía no pudo tener lugar desde el primer momento. Es fácil de entender que, durante los primeros años, el objetivo no podía ser cambiar la Constitución, sino darle aplicación efectiva, comenzando por la compleja normativa de desarrollo de la misma. Sólo con el paso del tiempo, conforme incluso las modificaciones puramente formales derivadas de la finalización del proceso autonómico básico no lograban abrirse paso, comenzó a percibirse esta especie de hibernación estable del legislador constitucional.

Hubo con todo un precedente, como tal, formidable: el de la Declaración sobre el Tratado de Maastricht (DTC 1/1992). Recordemos cómo el Tribunal, conociendo en el marco de un control previo, declaró la necesidad ineludible de una minúscula reforma de la Constitución antes de la ratificación del Tratado. De este modo se pudo constatar que el legislador constitucional efectivamente “existía”. Pero, lo que hubiera podido convertirse en un precedente precioso, ha resultado en la excepción que confirma la regla. En 2004, ante una ocasión similar en su contexto, el Tribunal declaró, sin embargo, que la Constitución conllevaba en sí misma la posibilidad de subordinarse a un ordenamiento jurídico supranacional, sin que ningún cambio constitucional fuera requerido (DTC 1/2004, sobre el Tratado constitucional europeo). Hoy día, frustrados los intentos de reforma puestos en marcha desde el gobierno durante la VIII Legisla-

tura, el Tribunal Constitucional sabe que no hay alternativa práctica a una declaración de inconstitucionalidad, apareciendo como el guardián de un orden fijo, si no esclerotizado, que, llegado el caso, hay que interpretar y reinterpretar indefinidamente al hilo de los acontecimientos. Con la dificultad añadida de que ni la Constitución española es la norteamericana de 1787, ni el Tribunal español disfruta del estatus de la Corte Suprema.

### III. PARADOJAS DEL AMPARO

El amparo es la más desconcertante de las competencias del Tribunal: La más primitiva y al mismo tiempo la más sofisticada. La más primitiva, porque sustrae al poder judicial la última palabra en la protección de los derechos fundamentales; es tanto como decir que la justicia ordinaria no está en condiciones de garantizar los derechos y libertades con la calidad y la intensidad que el caso requiere. Resulta así necesario hacer intervenir una instancia exterior, todavía nacional, en orden a una acabada protección de los derechos y libertades. Al mismo tiempo, desde otra perspectiva, el amparo es la competencia más sofisticada, la que da mayor prestigio al Tribunal Constitucional en tanto que tribunal de justicia, porque es sobre todo el amparo el que le hace aparecer como un “verdadero” tribunal de justicia, que decide sobre las pretensiones de los particulares, muy en particular cuando éstos reaccionan frente a las resoluciones de la justicia ordinaria. Privada del amparo, la imagen específicamente judicial del Tribunal Constitucional sufriría una notable pérdida.

Desde el principio, no se puede decir que el Tribunal Constitucional se mostrase incómodo con el amparo, más bien lo contrario. Por ejemplo, al enfrascarse en la protección de los derechos y libertades en el campo de las relaciones entre los particulares (la famosa “Drittwirkung”), mediante el recurso a una interpretación de su Ley orgánica que puede ser discutida. De otro lado, en modo alguno parece que haya considerado seriamente la posibilidad de no asumir otras demandas de amparo que las estrictamente compatibles con el ejercicio de aquellas otras funciones que la Constitución le confía, incluso de forma exclusiva y excluyente. Es de este modo como el amparo vino a situarse decididamente en el origen del funcionamiento patológico del control de las leyes, por medio de procesos que duran invariablemente varios años.

Una demanda individual compatible con las otras funciones del Tribunal, tal como se reclaman en España, no parece tener otras opciones que el *certiorari* norteamericano, por decirlo con una sola palabra, o el llamado amparo “frente a leyes”, es decir, el amparo con el dedo acusador señalando a la ley, con exclusión de sus actos de aplicación por los poderes públicos. La reforma legal de 2007 ha optado básicamente por la más radical de las dos, es decir, la primera: No serán objeto de decisión por parte del Tribunal más que las demandas de amparo que gocen de “especial trascendencia constitucional” (nuevos artículos 49 y 50 LOTC). No se puede aún aquilatar, cuando se escriben estas páginas, cuál va a ser, o empieza a ser, el uso que el Tribunal haga de esta formidable herramienta puesta por el legislador en sus manos, pero lleva sin embargo demasiado visible la marca “made in USA” como para que se aclimate con facilidad en nuestras latitudes. En todo caso, no tardaremos en saberlo.

#### IV. EL ESTATUTO DE LOS MAGISTRADOS

Con toda sencillez: En España, el estatuto del juez constitucional no guarda correspondencia con la relevancia, difícil de exagerar, de sus funciones. El magistrado constitucional se encuentra en todo momento sometido a la jurisdicción civil y penal, no ya en lo extrajudicial, sino en el ejercicio mismo de su función, sin asomo de cautela alguna radicada en el propio Tribunal, a salvo lo que dé de sí la reforma de 2007. El propio Tribunal, por su parte, se encuentra sometido a la jurisdicción administrativa en lo que se refiere a su propio poder normativo interno, así como en su actuación administrativa diaria. Se trata de un régimen legal que se encontraba en vigor desde la entrada en funcionamiento del Tribunal, siendo la evolución posterior, como en tantos otros casos, la que lo ha hecho últimamente insoportable. Fue así como, entre otros episodios, en 2004, los magistrados fueron condenados a una sanción de 500 euros cada uno por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por incompetencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones. Como también es uso de los demandantes de amparo frustrados el querellarse frente a los magistrados constitucionales, que para eso sobrevive en España la acción penal particular.

Decir, por fin, que los magistrados constitucionales españoles, por comparación a los del resto de Europa, son de los peor tratados en mate-

ria de seguridad material al concluir su alta magistratura no es más que una intuición que, sin embargo, no debiera encontrar dificultades para corroborarse. Las específicas previsiones contenidas formalmente aún en la Ley orgánica del Tribunal resultaron ilusorias ya en la primera ocasión en que pudieron tener aplicación por el efecto conjunto de la legislación posterior, y de su interpretación por la Administración primero y por los tribunales después. No es casualidad si, en todas partes, los jueces constitucionales, dada la temporalidad de su mandato, son objeto de una especial consideración en lo que a esta materia se refiere.

#### V. ABSTENCIONES Y RECUSACIONES

A lo largo de la vida del Tribunal se han planteado ocasionalmente cuestiones relativas a la imparcialidad de los jueces, pero durante bastante tiempo el contexto no fue particularmente polémico. Así, por no dar más que un ejemplo, en 1986, con ocasión de la abstención de los dos magistrados que provenían del Poder Judicial a la hora de juzgar la LOPJ que había hecho posible precisamente la designación de estos dos magistrados por el CGPJ.

Una vez más, sin embargo, es la evolución de los últimos años la que ha convertido en disfuncional la referida previsión legal. La Ley orgánica del Tribunal reenvía en este punto a la legislación aplicable para cualquier juez. Ahora bien, debiera ser evidente que, al menos el control de normas, dado su carácter abstracto, no tiene que seguir la misma lógica que, en particular, el amparo. Esto puede resultar polémico y, como mucho de lo que se expone, se hace muy simplícidamente, pero el hecho de tener una opinión formada, e incluso publicada, sobre, por ejemplo, un determinado extremo del reparto territorial de competencias, o sobre el alcance del contenido esencial del derecho a la inviolabilidad del domicilio, no debería impedir la participación imparcial del juez constitucional en las deliberaciones relativas a estas materias. Más preocupante, si se me apura, debiera resultar el carecer de toda opinión formada sobre estas cuestiones.

El marasmo de abstenciones y recusaciones de los últimos tiempos no puede ser comprendido sin tener en cuenta el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña, objeto de recurso, entre otros, por la oposición parlamentaria. No es el único recurso de este tipo, pero la importancia del

nuevo Estatuto catalán es incomparable, tanto desde el punto de vista de las cuestiones concernidas como en términos de apuesta política. El estatuto catalán parece haberse convertido en una cuestión de principio para el Gobierno, para la oposición, para Cataluña, donde ha ido precedido de un referéndum de ratificación, e incluso indirectamente para Andalucía, en la medida en que un Estatuto bastante similar le ha sido promulgado, sin haber sido objeto de un recurso de parecido alcance.

Es así como, para desgracia del Tribunal, todo el mundo parece haberse puesto a contar “sus” votos en el interior del mismo. Resumiendo lo que es de sobra conocido, es así cómo un magistrado fue apartado de la deliberación del recurso frente al Estatuto catalán por haber redactado, con anterioridad a su actual condición, un informe por encargo de la administración catalana sobre un aspecto concreto del régimen de distribución de competencias. Acto seguido se impulsa desde la mayoría parlamentaria una modificación legal dirigida a frenar un posible cambio en la presidencia del Tribunal, subliminalmente entendido como “pérdida” de la misma. El coste de la operación para el Tribunal, en términos de legitimidad, no parece haberse tenido en cuenta. La iniciativa no solo podía ser vista como una interferencia en los asuntos internos del Tribunal, vistos los antecedentes, sino que traslucía un complejo de preferencias y “despreferencias”, como tal difícil de asumir. Finalmente, y dado el recurso formulado contra esta modificación legal, se produce una suma de abstenciones y recusaciones en el seno del Tribunal, de sobra conocidos, dando como resultado un cuadro inédito.

## VI. LAS RELACIONES CON LOS PODERES DEL ESTADO

Por lo que hace a esta cuestión, y dejando de lado al o a los Ejecutivos, en tanto que tales, habría que comenzar diciendo que el Poder Legislativo ha mostrado escaso espíritu de colaboración en los pocos asuntos en los que el Tribunal ha pronunciado sentencias de inconstitucionalidad “sin declaración de nulidad” inmediata, es decir, de las que hacen posible que el legislador tenga tiempo para aprobar la correspondiente modificación legislativa derivada de esa inconstitucionalidad, evitando vacíos legislativos, a veces muy perturbadores, en el interregno. De hecho, la repetida reforma legal de 2007 facilitaba en sus primeras versiones esta figura de la inconstitucionalidad sin nulidad, que hace en ocasiones más fácil el

trabajo del Tribunal, habiendo sin embargo terminado por desaparecer de la versión finalmente aprobada. Y es que, en tanto que legislador del Tribunal Constitucional, la cooperación entre la respectiva mayoría legislativa y el Tribunal no puede considerarse modélica. Sólo la reforma de 1988, destinada a facilitar el expurgo de los amparos con entidad propia, puede considerarse como una inmediata reacción positiva a una petición del Tribunal. Más frecuentes han sido las modificaciones de la Ley orgánica del Tribunal que respondían a urgencias de la mayoría, típicamente la supresión del recurso previo en 1985, cuya constitucionalidad a su vez hubo de ser valorada por el Tribunal. Desde 1997, por fin, el Tribunal venía interesando una reforma relativamente variada de su Ley orgánica, con total falta de receptividad durante aquellas legislaturas, hasta la penúltima, cuando la reforma se aborda, luego se atasca y finalmente se desatasca por las urgencias del momento.

El Poder Judicial es sin duda el gran capítulo de este apartado. O, por mejor decir, su cabeza visible, el Tribunal Supremo. A este último respecto no puede hablarse sino de antagonismo, un antagonismo de dirección única para ser exactos. La circunstancia de que todas las jurisdicciones supremas en el caso de España, y a diferencia de los países de su entorno, se fusionen formalmente en un único Tribunal Supremo, ha podido contribuir a esta “personalización” de la tensión, única también en nuestro entorno en su grado de virulencia. Pero el punto de máxima fricción es sin duda el amparo, en particular cuando éste se pide frente a una resolución de alguna de las Salas del Supremo, mas en particular todavía cuando provienen de las dos primeras.

## VII. EL MECANISMO DE RENOVACIÓN PARCIAL

A pesar de todo lo anterior, el primero y principal de los puntos débiles del Tribunal es el complejo mecanismo de la renovación de su composición personal. En el origen último de todo el problema se encuentra la mayoría cualificada, de tres quintos, en el caso de la renovación por las dos cámaras de las Cortes Generales. En teoría, estas mayorías obligarían a los partidos a “votar de manera diferente”, queriendo decir con esto “votar con un ánimo diferente”. Pues no se trata de colocar a los propios peones por un procedimiento diferente, sino de renunciar a avanzar los propios peones. No es como cuando hay que acordar los nombres de la

presidencia de una u otra Comisión parlamentaria, aunque acaso no sea el mejor ejemplo. Por el contrario, es sobre “jueces” sobre lo que hay que ponerse de acuerdo. Recurriendo a la conocida fórmula, pues no se me ocurre forma mejor que expresarlo, “¡Es la justicia, idiota!”.

El espíritu de 1980, en lo que a los nombramientos se refiere, comenzó a perderse pronto: Cabe reseñar cómo, ya en 1983, con ocasión de la primera renovación, que excepcionalmente podía ser de prórroga, la opción se mantuvo abierta durante cerca de un año, en un intento de discriminar en clave ideológica, en el interior del grupo de los cuatro afectados en cuestión, entre los prorrogables y no prorrogables, lo que por fortuna finalmente no se materializó. En líneas generales, se puede decir que el planteamiento, digamos, “pionero” más bien ha ido progresando, no obstante que los destinatarios de este entendimiento hayan puesto su empeño en el ejercicio independiente de su función, ante las ocasionales incomprensiones de quienes en su día impulsaron los respectivos nombramientos.

Como es de sobra conocido, el instrumento por excelencia de esta perversión del sistema es el reparto *ex ante* de los puestos a cubrir entre las dos fuerzas políticas mayoritarias, rara vez con algún complemento adicional: “Yo te presto los votos que necesitas para sacar los tuyos tu me prestas los tuyos para sacar los míos”. De este modo se consigue la transmutación de un sistema de mayorías cualificadas en un sistema, digamos, de adscripción proporcional apriorísticamente calculada. Pero lo que verdaderamente impacta no es tanto el sistema en sí cuanto su radicalidad. Y es que no se trata tanto de otorgar a una u otra fuerza política el derecho a proponer nombres con más o menos discrecionalidad cuanto de renunciar a toda posibilidad de veto respecto de los candidatos de la otra parte. Es el voto “con la nariz tapada”, como ha sido inoportunamente expresado por algún dirigente político: la “cita a ciegas”, si se prefiere.

Desde este punto de vista, con la perspectiva que da el tiempo, el sistema de renovación por terceras partes, es decir, cuatro magistrados cada tres años, ha demostrado ser un error colosal del constituyente, tal como han evolucionado las cosas. Y es que la “periodización” que la renovación por terceras partes supone, a la inversa de lo que es el caso de los parlamentos, no casa bien con la justicia. La vida de los tribunales debería desarrollarse como un “continuum” en el que los cambios en las personas casi debieran tener lugar lejos de los focos. La renovación por tercios produce justo el efecto contrario. Por muchas razones.

En primer lugar, hace demasiado visibles los periodos de renovación, dividiendo su vida en trienios que recuerdan demasiado a las legislaturas. La elección del presidente o de la presidenta del Tribunal por el propio Tribunal en coincidencia con estos periodos refuerza esta imagen, invitando a prorrogar las presidencias lo necesario para hacerlas coincidir con los referidos trienios, en una práctica que, hay que reconocerlo, aunque con la mejor de las intenciones, tuvo su inicio en el interior del propio Tribunal. El mecanismo subraya al mismo tiempo la importancia “política” de los momentos de renovación, aptos a dar lugar a cambios de “mayoría”, reforzando a su vez la tentación de sabotaje por parte de quienes temen “perderla”, pues la mayoría cualificada les permite tal cosa. Los momentos de prórroga de los mandatos caducados se alargan, con el inevitable cuestionamiento de la tarea jurisdiccional. En fin, eventuales puestos que resultan vacantes a mitad de periodo tienden a no cubrirse para posponerse a la siguiente liza trienal.

Cada nueve años (1989, 1998, 2007...) el Senado debe proponer al rey los nombres de cuatro magistrados. La modificación de la Ley orgánica llevada a cabo en 2007 ha afectado también a esta pieza de la renovación del Tribunal, algo inoportunamente, porque iba a tener que aplicarse ya a escasos siete meses de su promulgación. Y es que el legislador ha previsto en esta ocasión un sistema imperfecto, en el sentido de que debía ser completado por el Reglamento del Senado. Con la complicación adicional de que el cambio normativo sería doblemente recurrido ante el propio Tribunal, en sus dos pasos, el de la Ley orgánica y el del Reglamento del Senado.

Hay que decir que, en 2007, el legislador ha repetido, en versión aumentada, el error cometido ya en 2003 con ocasión del cambio del modo de elección de los Vocales del Consejo General del Poder Judicial. Sencillamente, se ha hecho preceder una elección parlamentaria de mayoría cualificada por un proceso previo de selección de candidatos por otras instancias. Fue así como, en el caso del CGPJ, 12 vocales sobre 20 son elegidos por las Cortes Generales por una mayoría de tres quintos, pero a partir de una lista de precisamente 36 jueces, elegidos por ellos mismos, bien encuadrados en asociaciones judiciales, bien al margen de éstas. El error en cuestión es que mayoría cualificada y elección en doble grado se excluyen mutuamente. Toda elección por mayoría cualificada, si es auténtica, necesita partir del número más elevado posible de candidatos,

como única garantía relativa de encontrar los nombres capaces de suscitar tal consenso requerido por la norma. Por el contrario, si se limita drásticamente el número de candidatos de partida, es casi seguro que resultará imposible lograr el acuerdo.

De hecho, el sistema sólo puede funcionar, y esto es posiblemente lo que dieron por sentado los autores de la ley, sobre la base de un acuerdo previo entre las fuerzas políticas mayoritarias en los términos distorsionadores más arriba comentados. Es lo que ocurrió, aun con dos años de retraso, en el caso del CGPJ el pasado mes de septiembre.

Esta peculiar combinación de mayoría cualificada y elección en segundo grado ha sido prevista de nuevo, o eso al menos parecía, para la designación del tercio de magistrados constitucionales que lleva a cabo el Senado, el cual debería, en lo sucesivo, por mayoría de tres quintos, ponerse de acuerdo en cuatro nombres a partir de una breve lista de candidatos propuestos por los Parlamentos de las Comunidades Autónomas. Pero en esta ocasión la reforma legislativa no parte de ningún consenso previo, sino que se hace con la oposición del Partido Popular, que además, como se ha visto, la considera inconstitucional.

Y para complicar más las cosas: El Partido Popular, ante la primera fase de este proceso de designación (la segunda lleva meses pendiente en el momento de redactar estas páginas), ha dado la instrucción a sus miembros en todos los parlamentos autonómicos (sólo así podría entenderse lo ocurrido) de proponer en cada uno de ellos a los mismos dos nombres y nada más que ellos, concretamente los dos cuyo acceso propugna, con arreglo a la cuota acordada meses atrás. De este modo, el nuevo esquema de designación ha quedado frontalmente desvirtuado, en su loable intención, desde el inicio de su primera oportunidad.

Las dificultades no se detienen sin embargo aquí. El Partido Socialista considera a los referidos candidatos del otro partido totalmente inaceptables, hasta tal punto se habrían revelado hostiles a la acción de gobierno durante la legislatura 2004-2008, desde los puestos que estas personas han ocupado hasta septiembre en el CGPJ. El Partido Popular, por su parte, reivindica a ultranza el respeto a la regla de no interferencia, tanto más cuanto que acude, por así decir, con las naves quemadas, o sea, sin otros candidatos propios en el conjunto de la lista de preseleccionados.

La perspectiva no puede ser más oscura. No cabe descartar que el Partido Socialista acabe aceptando la lógica inexorable de la regla apa-

rentemente pactada, entre otras razones, porque la percepción dominante de la situación es la de que, al final del actual proceso de selección, éste “ganaría” al menos un voto en el Tribunal. Y todo ello sin contar que se quiera “contrarrestar” el acentuado perfil de unos candidatos con el correspondiente de los propios. Todavía habrá que volver sobre esta cuestión, al final de estas páginas.

La renovación del Tribunal plantea otros varios problemas, algunas de los cuales sólo pueden ser apuntados. En primer lugar, por comenzar por lo más próximo, el de la previsión de la prórroga automática de los nombramientos, en caso de falta de nombramiento tempestivo de las personas llamadas a suceder en la función. La dinámica generada ha llegado a desautorizar una previsión en sí misma sensata, como acaba de poner de manifiesto J.A. Santamaría. Pero también hay otros.

Así, la introducción en 2001 de la práctica, proveniente del otro lado del Atlántico, de las sesiones de entrevista a los candidatos conocidas como “hearings”. Ajenas a nuestra tradición tanto judicial como parlamentaria, estas ceremonias han quedado desde el principio en una formalidad vacía de contenido, en la que ni los parlamentarios saben muy bien qué y cómo preguntar, ni los propios candidatos saben muy bien qué tono adoptar en sus respuestas, todo ello en detrimento de la dignidad de los futuros magistrados.

No existe un criterio formado acerca de la proporción que debe regir entre los dos grandes grupos de profesionales que desde el principio han llevado el peso del Tribunal: los jueces de carrera y los profesores de universidad. En ausencia de una previsión legal al respecto, la evolución, si no la deriva, ha ido desde una abrumadora mayoría de profesores en los años ochenta a una tendencial mayoría de jueces de carrera. En particular, parece perceptible una radical preferencia a favor de estos últimos por parte del Partido Popular desde principios de la década.

Los últimos años han asistido al acceso creciente de los ex presidentes del Tribunal Supremo al Tribunal Constitucional. Lo que pudo comenzar siendo una opción fundada en la valía de los candidatos tiene los visos de transformarse en una opción sistemática, si no rutinaria. Hasta tal punto es esto así que ya un medio de prensa hablaba recientemente a este respecto de “tradición”. El envío sistemático de personalidades judiciales tan cualificadas y singularizadas como los presidentes del Tribunal Supremo (además, inescindiblemente ex presidentes del CGPJ), no deja de

causar cierta inquietud, en lo que puede tener de distorsión del perfil del órgano.

Por fin, la ausencia de toda edad de jubilación para los magistrados constitucionales, no sólo ha permitido el que éstos culminasen su periodo de nombramiento mas allá del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, lo que puede ser razonable, sino que hayan accedido al Tribunal personas con dicha edad ordinaria de jubilación crecidamente cumplida. De otra parte, y ya en términos más amplios, cabe añadir que no existe, en general, un criterio acerca de la edad a la que se debe acceder al Tribunal, lo cual condiciona también la edad en la que los magistrados son “devueltos” a la vida civil, lo que también plantea sus propios problemas. En conjunto, la edad media de los magistrados se ha ido elevando a lo largo de las tres décadas: mientras en los años ochenta se pudo asistir al nombramiento de magistrados que no habían alcanzado los cuarenta años, veinte años más tarde se pudo asistir a nombramientos con edad muy avanzada. Todo esto tiene, por fin, alguna repercusión en el peso respectivo, en el funcionamiento del Tribunal propiamente dicho, del colectivo de las Magistradas y Magistrados, por un lado, y el del personal técnico del mismo, las Letradas y Letrados, por otro, a lo largo de este mismo periodo, cuestión que simplemente dejo apuntada.

#### VIII. POR ÚLTIMO, LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS

Las llamadas sentencias “interpretativas”, con ocasión del control de las leyes, es una práctica del Tribunal que se remonta a sus primeros tiempos, más allá de las iniciales proclamaciones llamando a extremar la cautela en su manejo. La idea, en sí misma, no puede ser mas simple: La ley cuyo texto permite más de un sentido posibilita el que el Tribunal descarte aquellos sentidos (“interpretaciones”) que resulten contrarios a la Constitución, dejando vivo el precepto, en cierto modo como alternativa a una declaración de inconstitucionalidad.

Evidentemente, las cosas no son tan sencillas. La “interpretación conforme”, o más exactamente la variante de los “fallos interpretativos”, viene permitiendo al Tribunal Constitucional determinar, en positivo, el sentido preciso que conviene dar a una norma, como condición de su declaración de inconstitucionalidad, y ello con la única reserva de que la literalidad del precepto sea capaz de “soportar” razonablemente esta

interpretación. Todo esto es moneda corriente en los Tribunales Constitucionales, sin que la técnica en sí misma se haya considerado ilegítima. Por el contrario, el mecanismo permite a estos órganos operar con una cirugía menos traumática.

El problema puede ser el de su generalización y, sobre todo, el de hasta dónde se puede llegar con esta ingeniería. Porque la “interpretación conforme” ni puede convertirse en la regla ni, sobre todo, permite cualquier discurso. Confrontado con situaciones límite, o que, sin llegar a tanto, se le acercan, un Tribunal Constitucional puede pensar que la sentencia interpretativa es el único espacio en el que se le permite moverse.

La lectura de las sentencias recaídas en los recursos frente al Estatuto valenciano dan pie a estas reflexiones. Quedan, por supuestos, los recursos frente al Estatuto de Cataluña, todavía pendientes, a los que las anteriores sentencias parecen marcar el camino. El Tribunal se encuentra, por lo que parece, inmerso en la deliberación de este extensísimo y variadísimo recurso abstracto en condiciones especiales: Reducido a diez magistrados como consecuencia de la referida recusación de uno y de la falta de designación para el puesto dejado vacante por el fallecimiento de otro, con cuatro magistrados en situación de prórroga de su mandato desde hace más de un año, sin perspectivas de una decisión tan mayoritaria como el caso requeriría, la sentencia que se hace esperar desde hace dos años y que se anuncia como la más extensa, si no la más trascendente, de las emitidas hasta ahora por el Tribunal, va a requerir de toda su sabiduría e ojalá que de una buena dosis de fortuna. Ocioso es decir que ni el Tribunal ha elegido este recurso, ni mucho menos los términos del texto legal sometido a su juicio, en el que todos los malabarismos del lenguaje se encuentran presentes.

Son sin embargo, las recientes Sentencias relativas al nuevo procedimiento de renovación del Tribunal por parte del Senado las que en buena medida justifican las inquietudes ante las sentencias interpretativas (SSTC 49 y 101/2008). La primera de ellas, relativa a la modificación de la Ley orgánica que introduce el nuevo procedimiento de segundo grado no es formalmente interpretativa, concluyendo con la desestimación del recurso abstracto. El Partido Popular alegaba en sustancia que la Constitución deja en la misma libertad al Senado que al Congreso a la hora de designar a los magistrados, por lo que el mecanismo complejo más arriba descrito sería contrario a la Constitución. Un reducido Tribunal de ocho magistrados ha declarado, por mayoría, que el mandato legislativo dirigi-

do al Senado de elegir “entre” los propuestos por los parlamentos autonómicos respeta la Constitución porque, de nuevo en sustancia, la remisión al Reglamento del Senado de los términos en los que este procedimiento habrá de desarrollarse conducía a no excluir, aunque fuera por excepción, la designación de magistrados que no estuvieran comprendidos “entre” los propuestos por los referidos parlamentos. Los votos particulares, entre ellos el de quien será ponente en la segunda de las Sentencias, consideraban por el contrario que el sentido de la reforma legal no podía ser otro que el de configurar una auténtica votación de segundo grado en el Senado: “entre” significaría “entre”.

Tres meses después, el Tribunal (STC 101/2008), con una composición algo más completa, y de nuevo por mayoría, resuelve el recurso frente a la disposición del Reglamento del Senado complementaria de la Ley, esta vez ya mediante una Sentencia con fallo interpretativo. Aparte otras previsiones, como la de reducir a dos el máximo de candidatos a proponer por cada uno de los parlamentos autonómicos, el Reglamento prevé la posibilidad de que el Senado introduzca candidatos propios, surgidos de su seno, en caso de ausencia de “candidatos suficientes”. Se podría pensar que, de este modo, el Reglamento abordaba la eventualidad, ciertamente improbable (en términos de racionalidad) de que la lista resultante de las elecciones en los diferentes parlamentos contuviera menos de cuatro nombres. Nada de eso. “Suficientes”, según descubre el Tribunal (y el Diccionario de la RAE de la Lengua es invocado al respecto), puede significar tanto como “apto” o “idóneo”, es decir, idóneo para cumplir las altas funciones que la Constitución les encomienda a estos ciudadanos, todo ello por supuesto con arreglo al criterio del propio Senado, el cual no podría abdicar del pleno ejercicio de la función que la Constitución le encomienda, con lo que el círculo viene a cerrarse. Puesto que la Ley remite al Reglamento parlamentario en términos que harían que el vocablo “entre” no tenga que significar necesariamente “entre”, y puesto que “suficientes” según el Diccionario tiene en ocasiones el sentido de “idóneo”, el sistema acaba resultando todo él constitucional porque las facultades del Senado no sufren merma alguna. En suma, lo que parecía un sistema de designación en doble grado resulta un sistema de elección directa, es decir, el que había, matizado si acaso por la eventual colaboración de los parlamentos autonómicos en el proceso de selección de candidatos.

¿Todos contentos? Casi. Se ha visto cómo el Partido Popular, cuyas tesis han triunfado materialmente en estos recursos, se ha dado además el capricho de poner el sistema patas arriba. Para muchos, lo único que parece importar es que la ley se haya salvado formalmente, mucho menos el que su sistema se haya evaporado, literalmente. Pero para la parte de la opinión pública, cabe confiar, que todavía piensa que el Tribunal Constitucional tiene sentido en un sistema constitucional de los caracteres del nuestro, estas resoluciones deben resultar preocupantes. Hay un límite a las sentencias interpretativas, como lo hay para cualquier razonamiento de un tribunal de justicia. Cuando un tribunal adopta un discurso tan arriesgado, dicho sea con todo respeto, el daño causado es difícil de calcular. Porque de este modo son los propios tribunales los que ponen en juego la razón última de su existencia.

Para concluir: El Tribunal Constitucional es sólo una pieza, por más que decisiva, de un sistema más amplio del que se muestra como fiel reflejo. Y es el caso que, a la vista del conjunto de su funcionamiento, el sistema constitucional español, muy simplícidamente, se encamina a un sistema basado más en la distinción y separación entre los poderes, que no en el equilibrio entre los poderes y los “contrapoderes”, es decir, entre los poderes políticos y las instituciones llamadas a gozar de una cierta autonomía respecto de la política. Esta tendencia general debiera encontrar corrección más pronto que tarde. Ojalá la próxima renovación del Tribunal Constitucional nos permita comprobarlo.