

SOBRE LA COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ÓSCAR ALZAGA VILLAAMIL

Catedrático de Derecho Constitucional

Universidad Nacional de Educación a Distancia

SUMARIO

1. Introducción
2. La vertiente política del Tribunal Constitucional
3. La composición del Tribunal según la fórmula consensuada por nuestros constituyentes
4. La primera aplicación práctica de la letra de la Constitución en el nombramiento de magistrados
5. Las posteriores prácticas aplicativas de la Constitución en cuanto al nombramiento de los miembros del Tribunal Constitucional
6. Algunas consideraciones ingenuas sobre la materia.

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución española vigente de 1978, como es sobradamente conocido, de entre todos los posibles modelos, sin que mediara un auténtico debate al respecto y como quien asume una evidencia, se decantó por un modelo de justicia constitucional de jurisdicción concentrada; es decir, en el que las funciones propias de la justicia constitucional se residen en un único órgano,

1. ARAGÓN REYES, Manuel: «Comentario introductorio al Título IX», en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar: *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Ed. Cortes Generales y Edersa, Madrid, 1999. Tomo XII, pp. 20 y ss.

el Tribunal Constitucional, concebido con la misión exclusiva de desempeñar esta función. Aunque algunos autores (p. ej. el Prof. Manuel Aragón¹) han subrayado, con razón, la presencia de elementos de jurisdicción difusa (la jurisdicción constitucional española actual se caracteriza por tener atribuido, en exclusiva, el conocimiento de determinados procesos constitucionales y no por ejercer el monopolio de aplicación de la Constitución), obviamente, ello no deja de ser característico del denominado «modelo europeo» de Tribunal Constitucional².

Las razones que abogaron por esta solución fueron varias y convergentes, desde el feliz precedente del Tribunal de Garantías Constitucionales, que estableció nuestra Constitución de 1931³, hasta el influjo determinante de los modelos de jurisdicción constitucional europeos, incluyendo los de directa inspiración kelseniana (Austria⁴ y Checoslovaquia⁵ en su versión *non nata*), y, sobre todo los posteriores a la Segunda Posguerra mundial (Italia y Alemania, principalmente)⁶. No era casual ni desconocible que habían sido los dos grandes países europeos vencidos en la Segunda contienda mundial, que en la preguerra habían confiado enteramente a la dirección política de un Poder ejecutivo desprovisto de contrapesos, los que habían encarado con mayor determinación y acierto en sus respectivas constituciones la creación de sendos tribunales constitucionales.

Y en menor medida, la experiencia de nuestro constitucionalismo decimonónico y del latino americano abogaba en la misma dirección. Como escribió el Prof. Vanossi, desde una realidad política argentina que mira con envidia a la norteamericana, «es la Corte Suprema (en EEUU) la que permite que acudiéndose a ella y no a los cuarteles se resuelvan muchos de los conflictos...que entre nosotros los jueces dicen no ser de su competencia y, por lo tanto, se abstienen de resolver por razones de llamada prudencia política, de la que muchos creemos que es imprudencia»⁷.

2. Vid. FAVOREU, Louis: *Los tribunales constitucionales*, Trad. esp., Ed. Ariel, Barcelona, 1994, pp. 15 a 42; LIMBACH, Jutta: «Papel y Poder del Tribunal Constitucional», en *RTYRC*, núm. 4, 2.º Semestre de 1999, pp. 93 y ss.

3. Vid. MEILÁN GIL, José Luis: «El Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República Española», en *Actas del II Symposium de Historia de la Administración*, 1971, pp. 549 y ss; RUIZ LAPEÑA, R. María: *El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II.ª República española*, 1982; y CRUZ VILLALÓN, Pedro: *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Ed. CEC, Madrid, 1987, pp. 301 y ss.

4. Pese a la extendida *communis opinio* al respecto, en la elaboración de la Constitución austriaca de 1920 los anteproyectos de Kelsen –según Ercamora– no fueron plenamente asumidos ni por Mayr ni por la Cancillería. Vid. «Die österreichische Verfassung und Hans Kelsen», en *FS für Hans Kelsen zum 90. Geburtstag*, 1971, p. 20.

5. La Constitución provisional checoslovaca de 29 de febrero de 1920 es obviamente unos meses anterior a la austriaca, aunque la doctrina kelseniana sea proclive a mostrar a aquella como un epifenómeno de ésta; aunque es posible que en su origen, junto al racionalismo formalista kelseniano, pesase significativamente la necesidad de instaurar un sistema de control de constitucionalidad de las disposiciones que dictase una Carpatorusia autónoma.

6. Vid. FAVOREU, Louis: *Op. cit.*, pp. 43 a 101.

7. VANOSSO, Jorge Reinaldo A.: *Teoría Constitucional*. Vol. II («Supremacía y control de constitucionalidad»), Ed. Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 95.

De otro lado, creo que hay unanimidad acerca de que no cabe albergar dudas sobre la naturaleza del Tribunal Constitucional actual español que es la de un órgano eminentemente jurisdiccional, que resuelve desde la luz del Derecho constitucional vigente supuestas contravenciones de la Constitución, que le sean suscitadas por quienes están legitimados para ello y estén formuladas en forma técnico jurídica hábil. El propio alto Tribunal ha hecho suya, como sabemos, esta índole jurisdiccional de su naturaleza y de su función, a partir de su Sentencia 5/1981.

Del carácter jurisdiccional del Tribunal Constitucional derivan, entre otras, según dispone la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979, consecuencias tan precisas como que sus miembros están sometidos a las causas de incapacidad de los jueces y magistrados miembros del Poder Judicial y que cuentan con el privilegio de fuero, de manera que su hipotética responsabilidad penal sólo puede esclarecerse por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Pero, si miramos bajo la tinta de la letra de las leyes, la cuestión ofrece una mayor complejidad.

2. LA VERTIENTE POLÍTICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Como es bien sabido, constituye deformación natural del formalismo jurídico el negarse a tomar en consideración los aspectos meta jurídicos que influyen en la creación, configuración y funcionamiento de las instituciones jurídicas; y sin embargo el mejor realismo nos aconseja contemplar desde la atalaya del Derecho constitucional cuantos aspectos políticos subyacentes ejercen influencia en la composición y en la dinámica práctica de las instituciones y órganos que crean y regulan las Constituciones políticas.

Es muy cierto, como ha quedado apuntado, que estamos en presencia de un órgano de carácter jurisdiccional, pero no es menos cierto que ni pertenece al Poder Judicial (y de ello es buen reflejo la propia sistemática de la Constitución de 1978 que, mientras dedica a dicho Poder su Título VI, instituye y regula el Tribunal Constitucional en el Título IX) ni se encuentra plenamente resguardado del riesgo de su politización, máxime cuando con buen criterio esta suerte de tribunales ha sido calificada de un *factor político de poder*⁸.

La condición política del control de constitucionalidad de las leyes, como se ha recordado, fue inicialmente percibida, en la Francia revolucionaria, como algo que se veía a la vez tan inevitable como positivo ya que ante la desconfianza notoria de la época hacia jueces y magistrados, pareció una salida razonable encomendar el control de la constitucionalidad de las leyes a un órgano genuinamente político. No es necesario recordar ni las propuestas al respecto que formuló el revolucionario Abate Sieyès en 1795 ni el *Sénat con-*

8. LIMBAH, Jutta: *op. cit.*, p. 96.

servateur de la Constitución francesa de 1799 al que se le confería la competencia de enjuiciar tanto los actos del Cuerpo legislativo como los del Gobierno que se sometieran a su consideración a causa de una presunta contravención de la Constitución.

En el precedente que supone dicho antiguo sistema francés de control de constitucionalidad observamos que su naturaleza política se plasma fundamentalmente tanto en que subyace la idea de que la tarea de supervisar, desde el respeto a la Constitución, la función legislativa que desempeña el Parlamento, tiene un alcance político del que está desprovista la función jurisdiccional de los jueces ordinarios, como en la composición del órgano al que se encomendaba ejercer el control de constitucionalidad. Ello desembocó en el viejo debate sobre si un Tribunal Constitucional que revisa los criterios legislativos de un Parlamento legitimado por el proceso electoral no es, en definitiva contradictorio con el *principio democrático*⁹, salvo que aquél a su vez goce de alguna dosis de legitimación democrática. Pero no podemos seguir el hilo de tal disgresión sin alejarnos del núcleo de nuestro interés.

Efectivamente, desde la perspectiva del alcance político de la función de los Tribunales constitucionales, que es la que mayor interés ofrece para abordar las presentes páginas, desembocamos en la cuestión acerca de si, como gustamos de afirmar los ius publicistas, la función hace al órgano, la trascendencia política de la función revisora de la constitucionalidad del proceder del Parlamento derivaba ya en la Francia de fines del Siglo XVIII hacia preferir que su desempeño se reservase a personas elegidas a través del sufragio y no a peritos del Derecho, miembros de la carrera judicial.

En nuestra época, a tal cuestión se suman otros puntos sobre los que debe girar la reflexión. Ciertamente, un constitucionalista que tenga sus pies bien plantados sobre la tierra no puede desconocer que el Tribunal Constitucional, tanto en España como en otros países de nuestro entorno, ha de ser garante de una super ley caracterizada por la generalidad y la abstracción y ha de controlar la actuación de los órganos constitucionales que deben concretar los parámetros constitucionales abstractos y, en consecuencia, ha de decir una última palabra, entre otras, sobre cuestiones competenciales entre el ejecutivo y el legislativo, entre los Estados miembros (o Comunidades Autónomas) y el Estado Federal (o el Estado central), anular normas por inconstitucionales en ámbitos en que la Constitución contiene normas muy abiertas a anchas interpretaciones por poco definidas, ponderar conflictos no ya entre normas sino

9. En los Estados Unidos de América, el Senador George Norris, en 1930, se quejaba de las funciones que en materia de anular leyes por inconstitucionalidad se había atribuido el Tribunal Supremo, cuando decía: «Disponemos de una cámara legisladora, denominada *Cámara de Representantes*, de cuatrocientos miembros. La segunda cámara, que llamamos Senado, se compone de algo menos de cien miembros. Pero también tenemos una tercera cámara legislativa, el Tribunal Supremo, integrada por nueve magistrados». Cfr. WILSON, James Q.: *American Government*, 5.^a ed., Ed. Lexington, Massachusetts, 1992, p. 228.

entre valores o principios en colisión... y en todos estos casos la hermenéutica jurídica tradicional se muestra un tanto coja y precisada de las muletas de la valoración política, en que los principios y valores (entroncados, en última instancia con cosmovisiones morales), las concepciones filosófico jurídica, y, en última instancia, lo que cabe calificar de principios ideológicos emergen entre los intersticios de las normas constitucionales con fuerza dirimente.

De ahí que en torno a la naturaleza última de la función práctica de los Tribunales constitucionales se hayan deslizado multitud de ideas que buscan, no negar su potestad jurisdiccional, pero sí matizarla desde el ángulo de lo político. Alf Ross, como es sabido, clasificó las normas jurídicas por razón de su contenido en normas de conducta y normas de competencia; y mientras las normas de conducta serían objeto del juicio ordinario de legalidad que asumen los jueces y tribunales que integran el Poder judicial, las normas de competencia tendrían como principal sujeto pasivo al Parlamento y a otros órganos de poder político y ello explicaría que dichas normas suelen carecer de sanción para el supuesto de su contravención¹⁰. Pero las normas de competencia constitucionales, por la obvia primacía de la Constitución en el seno del ordenamiento jurídico, pueden conllevar la nulidad de las disposiciones o actos que las vulneren a través de un pronunciamiento del Tribunal constitucional, que, más que constituir un juicio de legalidad, supondrá un juicio de constitucionalidad.

Como es sobradamente conocido, el juicio de constitucionalidad difiere del de legalidad por mucho más que por el parámetro normativo desde el que se decide el fallo; la naturaleza de la argumentación técnico jurídica es en aquel menos mecanicista, menos simple y bastante más compleja. Y ello en buena medida por que en su interpretación hay factores creativos, de desarrollo e impulso de la Constitución, buscando su aplicabilidad en circunstancias y coyunturas cambiantes, con la necesaria confluencia de criterios políticos en la construcción de dicha argumentación, lo que excede de la exégesis jurídica tradicional. Sumése a ello la condición de *obra colegiada* que caracteriza a las Sentencias del Tribunal Constitucional y su *densidad doctrinal*, en la terminología de Garrido Falla¹¹, factores que también diferencian en la práctica cómo se materializa el juicio de legalidad, de cómo se practica el de constitucionalidad.

Y si los juicios de constitucionalidad de las leyes –sobre todo de las que encierran giros políticos significativos– o los conflictos de competencias entre órganos constitucionales del Estado, y especialmente entre el Estado y alguna Comunidad Autónoma sobre ostentación de importantes parcelas de poder

10. ROSS, Alf: *Sobre el Derecho y la Justicia*, Ed. Universitaria, Buenos Aires, 1970, pp. 29 y ss.

11. GARRIDO FALLA, Fernando: «La elaboración de las sentencias del Tribunal Constitucional: Una experiencia personal», en *Anales*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, núm. 31, año 2001, pp. 51 y ss. También en *Rev. TYRC*, presente núm. 9-10, año 2002.

político, encierran siempre una dimensión política obvia; en los conflictos cuya solución se somete al *arbitrio judicial* de un Tribunal Constitucional convertido en *el gran legislador*¹², aun se sumará otro dato evidente de la dinámica política en aquellas legislaturas en que el Gobierno se encuentra apoyado en una amplia y confortable mayoría aportada por el partido político que precisamente encabeza el propio Presidente del Gobierno. En tales épocas, la oposición, amén de dirigir sus críticas a los oídos de la opinión pública, sin posibilidad real de hacer prosperar sus enmiendas en el proceso legislativo, sólo puede aspirar a revisar ciertas leyes mediante el correspondiente recurso de inconstitucionalidad interpuesto ante el Tribunal Constitucional. Mi experiencia como parlamentario es inequívoca a este respecto, sobre todo en cuanto al *valor político de la advertencia o amenaza por la oposición parlamentaria de elevar la cuestión ante el TC*¹³. Y, desde luego, todos los tribunales constitucionales europeos son, en alguna medida, la maza con la que la oposición procura golpear a la mayoría gubernamental en cuestiones particularmente álgidas¹⁴, a través de su faceta de presuntas inconstitucionalidades.

12. STONE SWEET, A. llega a sostener, no sin dosis de realismo, que «los Jueces Constitucionales se comportan más como legisladores sofisticados y los legisladores actuarán de acuerdo con lo que los Jueces Constitucionales hagan», en *Governing with Judges*, Oxford, 2000.

Cfr. GARRIDO FALLA, Fernando: *op. cit.*, p. 61.

13. En la legislatura que se inició en 1979, primera dotada de Tribunal Constitucional, la ausencia de una mayoría absoluta que respaldase a los gobiernos de UCD en las Cámaras y el clima de consenso del que aún quedaban algunos rescoldos del vivido en la anterior legislatura constituyente se conoció un número significativo, pero no masivo, de recursos de inconstitucionalidad, aunque ya se empezó a argumentar por parte de los parlamentarios socialistas desde los escaños en términos que implicaban dejar al Gobierno ante la opción de admitir ciertas enmiendas o tener que ver como una determinada Ley iba a ser recurrida ante el TC.

En la legislatura que ve la luz en 1982, primera con mayoría absoluta en ambas Cámaras legislativas, los recursos de inconstitucionalidad más que crecer elefantíasicamente en número, alcanzaron otra dimensión, pues eran -en si mismos o como mera posibilidad de ser interpuestos- la principal palanca de que disponía la oposición para influir en el texto de las nuevas normas con rango de ley. En efecto pasó a extenderse la práctica -en buena parte por iniciativa de mi humilde persona- de centrar los debates parlamentarios, en gran medida, en la problemática de la presunta inconstitucionalidad de las leyes que se debatían, de manera que el Gobierno acababa, bajo el peso de tales *advertencias*, por ir matizando los preceptos del proyecto de ley en los diversos trámites del procedimiento legislativo. El paradigma del empleo de tal estrategia tuvo ocasión de establecerlo con motivo de los debates de la LODE (1983), y su éxito -como suele decirse- *sorprendió a la propia empresa*. Publiqué más tarde un libro que recogía buena parte de dicha experiencia y que se cerraba con un cuadro comparativo por artículos de los diversos textos del Anteproyecto, Proyecto de Ley, Informe de la Ponencia, Dictamen de la Comisión del Congreso de los Diputados y texto aprobado por el Pleno de esta Cámara, plenamente ilustrativo de cómo el Gobierno y su grupo parlamentario fueron retrocediendo ante las *cordiales amenazas* de ventilar las diferencias ante el Tribunal Constitucional. *Vid.* ALZAGA, Oscar: *Por la libertad de enseñanza*, Ed. Planeta, Barcelona, 1985, especialmente, pp. 131 a 201. Y ello, por supuesto, no impidió que acabásemos interponiendo recurso de inconstitucionalidad, resuelto por la interesante Sentencia interpretativa (y también de aceptación parcial del recurso) del TC 77/1985, de 27 de junio.

14. Pensemos en las Sentencias del *Bundesverfassungsgericht* sobre la interrupción legal del embarazo, el Tratado de Maastricht, la intervención internacional de las fuerzas armadas alemanas, los impuestos sobre el patrimonio y la herencia...

La *dimensión política* del Tribunal Constitucional es innegable, pero personalmente no comparto la dureza de algunos juicios que se han vertido sobre esta realidad. Así, entre nosotros, Lafuente Balle habla de «la esquizofrenia y la hipocresía en que incurrimos todos los operadores constitucionales. Los Magistrados del Tribunal Constitucional, los litigantes, la Doctrina... todos somos conscientes de que las sentencias constitucionales responden a razonamientos políticos. Más aún, todos coincidimos en que es bueno que el Tribunal Constitucional utilice argumentos políticos de razonabilidad. Sin embargo, la *opinio juris* criticaría severamente que el Tribunal no ocultase esos argumentos detrás de razonamientos aparentemente jurídicos¹⁵. Ello no obstante –concluye este autor–, en muchas ocasiones el Tribunal ha optado por la sinceridad y ha aplicado una simple regla política para argumentar su fallo»¹⁶.

Pero me resulta no menos difícil compartir, sin matices, la tan bien intencionada como un tanto candorosa tesis que parece latir bajo las palabras siempre autorizadas de quien fue prestigioso Presidente de nuestro Tribunal Constitucional, Prof. Rodríguez Bereijo, cuando afirmaba: «El Juez constitucional ha de resolver desde y según la Constitución y con argumentos jurídicos –entre los que se incluyen, desde luego, invocaciones a los valores positivizados por ella– problemas políticos frente a cuyo embate o desafío la Constitución ha de ser resistente y cumplir una función integradora», a lo que añadía: «No es la nuestra, claro está una jurisdicción *política*...porque tampoco las controversias que nacen, efectivamente, de la vida política dejan de ser susceptibles de enjuiciamiento y resolución conforme a Derecho, si llegan hasta el Tribunal y éste sabe –como hasta ahora ha sabido– ceñir su control únicamente a los aspectos jurídico-constitucionales, sin entrar en lo que las normas o actos impugnados encierran de legítimo ejercicio de la libre autodeterminación política por los representantes, democráticamente elegidos, del pueblo español...Por muy políticas que sean, por su motivación o contenido, las cuestiones llevadas ante el Tribunal Constitucional, lo cierto es que su función de control o fiscalización es *exquisitamente jurisdiccional*...El Tribunal Constitucional *juzga con arreglo a criterios o razones jurídicas sobre controversias jurídicamente formuladas*, sin que haya de sustituir la razón del Derecho por la razón política»¹⁷.

Es cierto que el propio alto Tribunal ha hecho suya la idílica ilusión de que sobrevuela, desde una superior e inmaculada estratosfera técnico jurídica,

15. Sobre la «tentación política», *Vid.* MARTENS, Paul: «Le métier de Juge constitutionnel», en DELPERÉE, Francis y FOUCHER, Pierre (Editores): *La saisine du Juge constitutionnel. Aspects de Droit comparé*. Ed. Centre d'Etudes Constitutionnelles et Administratives, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 38.

16. LAFUENTE BALLE, José María: *La judicialización de la interpretación constitucional*, Ed. Colex, Madrid, 2000, pp. 119 y 120.

El autor se apoya en su análisis de las SSTC 45/1989, de 20 de febrero; 111/1983, de 2 de diciembre y 13/1992, de 6 de febrero.

17. RODRÍGUEZ BEREIJO, Alvaro: «Constitución y Tribunal Constitucional», en *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 91, año 1996, pp. 371, 375 y 376.

el mundo político sin tocarlo ni mancharse con su líquido elemento –no muy prestigiado ante la ciudadanía, como cualquier prospección demoscópica evidencia–, cuando con el mejor optimismo ha declarado que «las preferencias ideológicas y políticas son legítimas para el Legislador y, en cuanto ciudadano, para el recurrente, pero no deben introducirse por ningún resquicio en nuestro razonamiento»¹⁸. Posiblemente el Juez de la Constitución refleja en estas palabras su visión del plano del *deber ser*; que, como siempre en Derecho, ha de convivir con el duro terreno de lo que efectivamente es. La constatación de que, en muchas fases de la vida del Tribunal Constitucional, se forman bloques de miembros del mismo que, en base a la *afinidad de su respectiva formación*, o bien configuran una mayoría, más o menos mecánica, sobre determinado tipo de cuestiones o bien formulan votos particulares conjuntos es demasiado fácil de hacer con una colección de Jurisprudencia Constitucional a la vista, como para que podamos travestirnos en ingenuas avestruces jurídico formalistas. La realidad, como dicen los franceses, es tozuda. Tan tozuda y sólida que ni se evapora ni se licúa porque la dogmática del Derecho constitucional meta la cabeza bajo el ala de sus categorías abstractas.

Los párrafos precedentes nos sirven de escueto marco a la cuestión de la controvertida faceta política del Tribunal Constitucional, a la que es posible aproximarse desde diversas actitudes, pero cuya existencia, en nuestra opinión, no es negable con simplista rotundidad, por las múltiples razones que hemos apuntado con parquedad.

Tal cuestión se ha traducido obviamente en la Constitución española de 1978 en la opción en pro de un órgano específico, el Tribunal Constitucional, cuyos miembros no tienen que ser miembros de la carrera judicial (es decir, del «Cuerpo único» mencionado en el art. 122.1 de la Constitución), bastando que concurra en ellos la circunstancia de ser considerados «juristas de reconocida competencia», en los términos que precisa el art. 150.2 de la Constitución, sobre el que habremos de volver. La elección parlamentaria de la mayoría de sus miembros y la de índole gubernamental de otros dos de sus componentes abre, una vez más, las puertas a la reflexión sobre la politicidad o apoliticidad de un órgano de tal composición. Y es que, si volvemos la oración por pasiva, bien puede decirse que el estudio de la Composición de nuestro Tribunal Constitucional alberga como problema clave la influencia que sobre el mismo aspiran a tener los partidos políticos.

Ciertamente, cabe afirmar –como recapitulación de lo que llevamos abocetado– que en los tiempos actuales el análisis de la vertiente política del Tribunal Constitucional se ha de afrontar, en última instancia, desde el conocimiento de la vieja polémica sobre la tensión dialéctica entre Derecho y política, desde la validez que aún conservan las aportaciones de Heinrich Triepel sobre el innegable peso de la política en el estudio del Derecho público;

18. STC 194/1992, de 16 de noviembre.

aunque no se trata de construir un debate abstracto acerca de si la interpretación de la presunta inconstitucionalidad de una ley se debe hacer o no con los instrumentos de la hermenéutica jurídica, lo que obviamente reclama una respuesta afirmativa. Pero lo anterior es compatible con dos circunstancias: a) Hay casos en que hay una única interpretación posible del bloque de constitucionalidad (un ejemplo notorio lo aportaría la aplicación o inaplicación de un plazo preclusivo), pero la mayoría de los casos relevantes, por su complejidad admiten un margen de interpretación de la Constitución; b) que siendo, en principio, lo jurídico más estable que lo político, los Tribunales constitucionales han de abordar procesos de constitucionalidad de las leyes ordinarias (menos estáticas que la Constitución) en los que la tradicional hermenéutica jurídica habrá de estar complementada por un análisis político sistemático, atento al permanente fluir heraclitiano de la realidad. Hasta aquí pisamos la vertiente pacífica, al menos en el terreno doctrinal, de la *politicidad* del Tribunal constitucional. Si bien a lo anterior hay que añadir una segunda faceta tan pronto pasamos desde la teoría a chapuzarnos en la realidad, porque lo que hemos dado en llamar «el análisis político sistemático» no deriva solamente de la letra de la Constitución.

En otras palabras, cabría decir que la cuestión capital, en el terreno de la práctica, es a quien se elige para encarnar la Justicia Constitucional, puesto que aunque el art.1 de la LOTC disponga que el TC «es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica», no es menos cierto que hay dos grandes e insolubles cuestiones, a saber, en primer lugar, la de que los miembros del TC no tienen su origen en un singular agujero negro de una lejana galaxia sino en la más terrenal dinámica mayoría-oposición que rige la vida política en una democracia parlamentaria de partidos y, en segundo término, la de la imposible independencia de los miembros del Tribunal respecto de si mismos y su propia visión del mundo. En efecto, hemos de aceptar que todo posible miembro de tan alto Tribunal necesariamente tiene un sesgo en su formación, una escala de valores y ciertos prejuicios, en el sentido más literal de la expresión –en Alemania prefieren hablar de *Vorverständnis*, quizás traducible por *precomprensión*– lo que afecta a sus principios filosófico políticos y filosófico jurídicos y hace que los juristas, a la hora de enjuiciar la constitucionalidad de una ley, si hemos de introducir un análisis político, no seamos en tales trances bienes fungibles.

Y dado que la pregunta ¿a quién se elige? está indisolublemente unida a la cuestión ¿cómo se elige?, los procedimientos y los requisitos a través de los cuales se procede a colmar la composición del Tribunal Constitucional merecen consideración detallada¹⁹.

19. *Vid.*, por su interés y amplia documentación en que se apoya, SERVICIO DE ESTUDIOS, BIBLIOTECA Y DOCUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: «Modelos de renovación personal de tribunales constitucionales», en *REDC*, núm. 61, año 2001, pp. 209 y ss.

3. LA COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL SEGÚN LA FORMULA CONSENSUADA POR NUESTROS CONSTITUYENTES

En nuestro temprano comentario sistemático a la Constitución de 1978²⁰ ya pusimos el énfasis en que el precedente que en el Derecho constitucional comparado europeo más había influido en la redacción del art. 159 de aquella, dedicado precisamente a determinar la composición del Tribunal constitucional español, había sido el art. 135 de la Constitución italiana de 1947²¹, aunque el número de miembros varíe y tampoco sea igual el peso de los diversos órganos con facultad de proponer a los mismos, ni la forma de reflejar la voz del poder judicial. Otras referencias significativas que nuestros constituyentes consideraron del constitucionalismo europeo de la segunda postguerra mundial —y de las que extrajeron elementos para la letra de la CE— fueron los arts. 94 de la Ley Fundamental de Bonn²² y 56 de la Constitución francesa de 1958²³.

Como es sabido, el primer inciso del art. 159.1 CE dispone que *El Tribunal Constitucional se compone de doce miembros nombrados por el Rey*. El número par de miembros sorprende *prima facie*, porque no responde a la tradicional preferencia por la composición *impar* de los tribunales. Así, tanto en los casos ya citados de las Constituciones italiana, y francesa, como en las de otras que en nuestro proceso constituyente fueron, aunque en menor medida, contempladas a estos efectos —especialmente, la griega de 1975 y la portuguesa de 1976—, el número de los miembros que componen los respectivos

20. ALZAGA VILLAAMIL, Oscar: *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, Ed. del Foro, Madrid, 1978, p. 916.

21. El art. 135 de la Constitución italiana dispone: *El Tribunal Constitucional se compondrá de quince jueces, de los cuales serán nombrados: una tercera parte por el Presidente de la República, otra tercera parte por el Parlamento, en sesión conjunta, y otra tercera parte por las supremas magistraturas ordinarias y administrativas.*

Los jueces del Tribunal Constitucional serán elegidos entre los magistrados, incluso los jubilados, de las jurisdicciones superiores ordinaria y administrativa, los Catedráticos de Universidad en materias jurídicas y los abogados con veinte años de ejercicio.

El Tribunal elegirá al Presidente entre sus componentes.

22. El art. 94 de la Constitución alemana de 1949 establece, en su primer apartado: *El Tribunal Constitucional Federal se compone de jueces federales y otros miembros: Los miembros de Tribunal Constitucional Federal serán elegidos por mitades por el Parlamento Federal («Bundes-tag») y por el Consejo Federal («Bundesrat»). No podrán pertenecer a los organismos correspondiente de un Estado.*

23. El art. 56 de la vigente Constitución Francesa de la V.^a República dispone: *El Consejo Constitucional está formado por nueve miembros, cuyo mandato dura nueve años y no es renovable: El Consejo Constitucional se renueva por tercios cada tres años. Tres de los miembros son nombrados por el Presidente de la República, tres por el Presidente de la Asamblea Nacional y tres por el Presidente del Senado.*

Además de los nueve miembros previstos anteriormente, forman parte del Consejo Constitucional, de derecho y de por vida, los ex Presidentes de la República.

El Presidente es nombrado por el Presidente de la República. Tiene voto de calidad en caso de empate.

tribunales constitucionales, naturalmente, es siempre impar. Aunque tampoco se puede olvidar que no faltaban precedentes —y algunos nada irrelevantes— en los que se había optado por la solución *par*²⁴.

Lo que aquí más nos interesa es que el consenso constituyente en torno al mismo fue resultado de la dificultad de convenir otra fórmula de composición, una vez consensuados los órganos proponentes de los miembros del Tribunal, y no de ninguna singular preferencia por tal número par, ni por reforzar al Presidente del Tribunal con su voto dirimente, como veremos más adelante. Se prefería mayoritariamente que el Tribunal tuviese una composición impar, pero, como tendremos ocasión de exponer, los caminos del consenso desembocaron en un Tribunal Constitucional de doce miembros.

Por supuesto es innecesario subrayar que el nombramiento por el Rey de los miembros de tan alto tribunal, según es propio de una monarquía parlamentaria como la española, responde al viejo adagio según el cual «el Rey nombra pero no elige». Ciertamente en este caso, como en tantos otros de la práctica constitucional española, el Monarca se nos muestra como un centro de imputación de actos que verdaderamente tienen otro autor, que en este caso se residencia en los órganos colegiados a los que corresponde constitucionalmente formular las correspondientes propuestas.

El propio art. 159.1 dispone a quien compete formular la propuesta *vinculante* de nombramiento de tales doce miembros: *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.*

La influencia de los arquetipos del Derecho constitucional comparado europeo arriba indicados es tan notoria como la originalidad en el hallazgo de un punto de compromiso específico a la hora de consensuar el texto constitucional patrio de 1978.

Empecemos por recapitular brevemente el peso que los modelos que ofrecía el Derecho constitucional comparado a la altura de 1977-78 tuvo sobre nuestros constituyentes.

En lo concerniente a una composición en base a doce miembros, no existía ningún precedente en Europa digno de consideración.

24. En efecto, cabe constatar que La Constitución austriaca de 1 de octubre de 1920 había establecido que el Tribunal Constitucional se integraba por el Presidente, el Vicepresidente y «el número necesario» de magistrados y suplentes, con lo cual el mismo quedaba desconstitucionalizado; la Ley del Tribunal Constitucional (en su art. 1) fijó su número en doce magistrados y seis suplentes. Es decir, fórmula tan singular como *par* en su número de catorce. Lo que se modificó parcialmente mediante la reforma constitucional de 7 de diciembre de 1929, que, sin embargo, en su art. 147, constitucionaliza el mismo número par de magistrados y suplentes.

Así mismo, la Constitución alemana al prever, en su art. 94, que los miembros del Tribunal Constitucional Federal se eligen, por mitad, en coherencia con su sistema bicameral *equilibrado*, por ambas Cámaras parlamentarias, opta indirectamente por un número par que actualmente es de dieciseis miembros.

Por el contrario era pauta común, la designación de miembros del Tribunal Constitucional por *vía parlamentaria*²⁵. Y así mismo estaba muy extendida la duración de nueve años para el mandato de tales miembros (Italia, Francia, Portugal...).

Ahora bien, debemos especialmente llamar la atención sobre que en lo relativo a los órganos constitucionales proponentes al Jefe del Estado de los miembros del Tribunal Constitucional, la solución que, durante todo el proceso constituyente, se barajó en España tenía dos originalidades significativas: a) En primer lugar, reservar dos miembros al Gobierno, lo que sólo entronca con la lejana tradición austriaca; y b) confiar la propuesta de otros dos al Consejo General del Poder Judicial, lo que era una *invención*, ya que carecía de precedentes propiamente dichos, puesto que en las escasas constituciones en las que hay *propuesta judicial* (principalmente Italia, a través de la Corte de Casación), esta se reserva a altos órganos con función jurisdiccional, pero no al Órgano de Gobierno del Poder Judicial.

Con el telón de fondo del Derecho Constitucional comparado de la época a que acabamos de aludir, volvemos la vista a nuestra dinámica constituyente. Hay que enfatizar que la composición definitivamente resultante fue pactada en virtud de un proceso consensual del que, como sobre tantos otros puntos, sólo muy parcialmente cabe formarse una idea cabal a través del Boletín Oficial de las Cortes y del Diario de Sesiones del Congreso y del Senado.

Efectivamente, en el primer Anteproyecto de Constitución, elaborado por la Ponencia del Congreso, se observa que la primitiva fórmula contenida en su artículo 150.1 rezaba así: *El Tribunal Constitucional se compone de once miembros nombrados por el Rey, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros, tres a propuesta del Senado por idéntica mayoría, dos a propuesta del Gobierno y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial*²⁶.

Esta primera propuesta se caracterizaba, como fácilmente se observa, por optar por el número impar de *once* miembros y por deducir de nuestro bicameralismo asimétrico el que, mientras el Congreso proponía a cuatro miembros, el Senado sólo a tres. Aunque el modelo más próximo de los tomados en consideración, el italiano, ofrecía un Tribunal Constitucional dotado de quince componentes y ya había experiencia acumulada sobre el exceso de trabajo que gravitaba sobre el TC italiano, la ponencia, desde sus primeros pasos, optaba por un Tribunal Constitucional de composición sensiblemente más estrecha pese a que ello dificultaría en la práctica formar tres Salas.

Ahora bien, lo más significativo de esta primera fórmula era que con la misma UCD había conseguido dos objetivos prioritarios: a) La presencia en el

25. La única excepción la ofrecía Turquía, cuya Constitución, hasta donde yo se, nunca fue utilizada ni citada como precedente del Derecho constitucional europeo durante nuestro largo proceso constituyente.

26. *Boletín Oficial de las Cortes*, núm. 44, 5 de enero de 1978, p. 696.

En *Constitución Española. Trabajos Parlamentarios*, Ed. Cortes Generales, Vol. I, p. 34.

TC tanto de dos miembros propuestos por el Gobierno (que ella creía aún entonces que iba a conservar durante muchos años), lo que argumentábamos esgrimiendo la débil tesis de que en otros sistemas constitucionales era el Jefe del Estado quien tenía cuota propia, que en nuestra Monarquía parlamentaria debía pasar a ser ostentada por el Gobierno, aunque tal consideración olvidaba que en los restantes regímenes parlamentarios coronados no se había optado por tal solución y que en las repúblicas parlamentarias en que el Jefe del Estado nombra miembros del Tribunal Constitucional lo hace con plena independencia del Gobierno²⁷. Y b) Otros dos miembros eran propuestos por el Consejo General del Poder Judicial, donde, según pensaba el Partido Centrista, de una parte, el Partido Socialista tendría un influjo no determinante y, de otra, el Gobierno gozaría de más peso que en la alta magistratura, a la que alude la Constitución italiana.

Pero lo que nos interesa acentuar ahora es que mientras desde UCD había una idea clara acerca de la composición que se creía más convenía y que, por tanto, se prefería, el contrapunto lo aportaba, en la fase constituyente, el Partido Comunista, con particular énfasis²⁸, y también, aunque en términos menos contundentes, el por entonces principal partido de la oposición, el PSOE, que mostraban cierta desconfianza hacia los dos últimos grupos de miembros, mientras les agradaba más que las propuestas proviniesen exclusivamente de ambas Cámaras parlamentarias, puesto que la mayoría cualificada de tres quintos en la práctica precisaría consensuar tales propuestas, según se pensaba, entre el centro y la izquierda. La aspiración de incrementar la presencia de miembros del Tribunal propuestos por las Cortes era *natural* en los constituyentes de los partidos de la izquierda.

A lo anterior se habían de sumar las sugerencias que se formulaban desde las fuerzas nacionalistas para que hubiera miembros del Tribunal Constitucional propuestos por las Comunidades Autónomas (el precedente de la Constitución de 1931 de nuestra II.^a República, que, como veremos poco después, concedía este *rol* a las regiones no había sido positivo pero no dejaba de estar en el *museo del constitucionalismo histórico español*). Como la composición del Senado, en cuanto teórica Cámara de representación territorial, no había sido resuelta por la Ponencia (a decir verdad, tampoco la del Congreso de los Diputados), se pudo jugar con la fórmula de subir el número de componentes del Tribunal a doce, sobre la base de que propusiese uno más un Senado, en cuyo seno tendrían un peso las Comunidades Autónomas aún por determinar. Era

27. En efecto, por ejemplo, en Italia, el Presidente de la República nombra cinco magistrados del Tribunal Constitucional, pero lo hace con plena independencia de un Poder ejecutivo al que no pertenece (*Vid.* Arts. 87 y concordantes de la Constitución italiana vigente).

28. *Vid.* enmienda núm 697 (sub enmienda 31), que, inspirándose en la fórmula constitucional alemana, proponía la siguiente nueva redacción: «El Tribunal Constitucional se compone de doce miembros elegidos por mitad por ambas Cámaras por mayoría de tres quintos de sus miembros».

En *Constitución Española. Trabajos parlamentarios*, Ed. Cortes Generales, Vol. I., p. 430.

una fórmula de *satisfacer formalmente* desde UCD a la izquierda y a los nacionalistas, con la reserva mental de los constituyentes gubernamentales de que la Cámara alta, a la postre, no sería una Cámara realmente condicionada por las fuerzas nacionalistas, y sería controlada de ordinario por el partido centrista, según pensaban, aunque con el escaso fundamento que acabaría por evidenciarse y con la esperanza del PSOE de poder llegar a gozar en alguna legislatura con mayoría en el Senado como efectivamente sucedió años después.

En suma, el informe de la Ponencia al Anteproyecto de Constitución, elevó, como decimos, el número de miembros del Tribunal a doce, otorgando la facultad de proponer cuatro al Senado, en idénticos términos a como se reconocía al Congreso. Curiosa resultó la forma críptica con la que la Ponencia exponía los dos cambios introducidos en el entonces art. 150.1. Literalmente se decía: *Analiza la Ponencia el contenido de este apartado y lo modifica conforme a las propuestas de las enmiendas n.º 64 del Sr. Letamendía Belzunce, n.º 190 del Grupo de la Minoría Catalana, n.º 682 del Grupo Vasco, n.º 697 del Grupo Comunista que son aceptadas en parte*²⁹. ¡Y tan en parte!, porque la solución convenida esencialmente entre UCD y el PSOE en Ponencia era bien diferente a las sugeridas por las enmiendas que se decían aceptar *en parte*.

Planteada así la solución de la Ponencia, era obvio que se optaba por un equilibrio singular en sede constituyente, derivado más de una negociación de «tira y afloja» entre los partidos citados, especialmente preocupados por el futuro control propio del Tribunal o por que, cuando menos, no lo controlasen los partidos políticos adversarios. Las consideraciones técnicas sólo emergieron en privado como meros ropajes elegantes con las que defender la propia visión partidaria.

Esta solución fue más compleja de alcanzar de lo que acreditan la lectura del Diario de Sesiones de nuestras Constituyentes. De entrada se había descartado seguir en proporción alguna el precedente establecido por el artículo 122 de la Constitución española de 1931 que reservaba, entre otros, dos puestos en el entonces denominado Tribunal de Garantías Constitucionales a dos letrados designados por los Colegios de Abogados y a dos profesores nombrados por las Facultades de Derecho³⁰. Aunque había un trasunto de alguno

29. *Boletín Oficial de las Cortes*, núm. 82, 17 de abril de 1978, p. 1608.

En *Constitución Española. Trabajos parlamentarios*, Ed. Cortes Generales, Vol. I., p. 592.

30. El muy singular art. 122 de la Constitución republicana de 1931 rezaba así: *Compondrán este Tribunal:*

Un presidente designado por el Parlamento, sea o no Diputado.

El presidente del alto Cuerpo consultivo de la República a que se refiere el artículo 93.

El presidente del Tribunal de Cuentas de la República.

Dos Diputados libremente elegidos por las Cortes.

Un representante por cada una de las Regiones españolas, elegido en la forma que determine la ley.

Dos miembros nombrados electivamente por todos, los Colegios de Abogados de la República.

Cuatro profesores de la Facultad de Derecho, designados por el mismo procedimiento entre todas las de España.

de estos cauces en la composición de las Juntas del Censo reguladas en la normativa electoral conforme a las que se habían celebrado las elecciones constituyentes de 1977, y teóricamente tales designaciones podían conllevar cualificación técnico jurídica e independencia de las personas designadas por tales vías, se prefirió sin embargo obviar, como ha quedado dicho, un sistema de composición que otorgaba mayoría a los miembros designados por las regiones, que se intuía era delicadísimo de cara a los conflictos de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas que ya entonces se adivinaban en el horizonte. Es decir, descartado el seguir, en ninguna medida, el único precedente que ofrecía nuestro Constitucionalismo histórico, en el texto fundamental de 1931, se asumieron las pautas del Derecho constitucional comparado europeo más reciente con las peculiaridades que ya hemos tenido ocasión de señalar.

No obstante, el consenso sobre la composición del Tribunal Constitucional se logró con una fórmula distinta a cuantas ofrece el mencionado panorama del Derecho comparado. Y sobre este aspecto ya insinuado creo que debo insistir en algunos renglones adicionales.

Ya hemos puesto de manifiesto la singularidad que nuestra Constitución recoge, por empeño de UCD, al reservar la propuesta de dos miembros del alto Tribunal al Gobierno y de otros dos al Consejo General del Poder Judicial. Estamos en presencia de un tercio del Tribunal calificable de *original*. No insistiremos sobre este particular.

Pero hay otros dos ingredientes de la fórmula constitucional que resultan curiosos: El número de doce, de un lado es corto y, de otro, es obviamente par. En efecto, el número de los magistrados que integran un Tribunal determina siempre la capacidad de Salas o Secciones que con ellos cabe configurar y el volumen de trabajo que pueden afrontar, resolviendo los casos en un período de tiempo razonable. La dimensión de la población de una Nación y si su Estado cuenta con una organización territorial compleja de su poder político son factores que aconsejan, en principio, una composición más o menos numerosa de miembros del correspondiente Tribunal Constitucional. Si comparamos España con Austria y observamos que su TC se integra por catorce miembros y seis suplentes³¹, o hacemos otro tanto con Portugal, donde el Tribunal Constitucional consta de trece magistrados, concluiremos fácilmente que nuestro Tribunal Constitucional es innecesariamente estrecho y que ello era ya un dato cognoscible por cualquier buen estudioso en fase constituyente, aunque hoy nuestra doctrina no parece dar mayor importancia a tal cuestión³².

31. Art. 147 de la Constitución austriaca vigente.

32. *Vid.* Contestaciones la Encuesta sobre la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (pregunta primera) de Manuel ARAGÓN REYES, Luis Díez PICAZO y PONCE DE LEÓN, José GABALDÓN LÓPEZ, Javier GARCÍA ROCA, Vicente GIMENO SENDRA, Luis LÓPEZ GUERRA, Ramón PARADA VÁZQUEZ Y Álvaro RODRÍGUEZ BEREIJO, en *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 4, año 1999, pp. 15 a 31.

Dejadas así las cosas en fase de Ponencia y llegados a los debates de la Comisión del Congreso, aceptado el equilibrio descrito, sólo restaba debatir sobre la posibilidad de trasladarlo a un número algo mayor e impar de magistrados. Se afrontó la discusión como algo desprovisto de prioridad, puesto que este tema nunca se consideró como una de las numerosas cuestiones delicadas huérfanas de consenso. Desde mi punto de vista, la única incógnita que quedaba abierta era la de si la fórmula de la ponencia podía tener una solución equivalente en torno a un Tribunal de quince miembros, con composición consensuable entre las principales fuerzas políticas. El paso de doce a quince suponía obviamente incrementar en tres los miembros y como se habían pactado que fueran cuatro los órganos constitucionales proponentes, uno de ellos debía necesariamente no incrementar la cuota prevista. Pero hubo resistencia por parte de UCD a diluir las cuotas de propuesta tanto del Gobierno como del Consejo General del Poder Judicial y, de otro lado, era obvio que el peso del Congreso de los Diputados no se podía disminuir. La posibilidad de trasladar la primitiva filosofía de la Ponencia, para que propusiese el Congreso a cinco miembros y el Senado sólo a cuatro, tropezaba con la situación ya descrita de que la cuota del Senado se había convertido en el bálsamo de fierabrás para contentar a un tiempo al deseo de la izquierda de que el Tribunal Constitucional tuviera un origen esencialmente parlamentario, y a las sugerencias de los nacionalistas sobre el peso que debían de alguna forma tener las Comunidades Autónomas en la composición que nos ocupa y, así mismo, a la preocupación del partido centrista gobernante de que tan alto tribunal no se le fuese de las manos. La hipótesis de un Tribunal de dieciseis miembros, sumando cuatro nuevos magistrados, a razón de uno por cada órgano proponente obviamente no era aceptable para la izquierda que estimaba que la proporción de dos tercios de origen parlamentario constituían un mínimo no diluible e irrenunciable, amén de que no desembocaba en una composición impar.

A altas horas de la noche³³ los negociadores, entre los que me encontraba como diputado constituyente de UCD, abordamos en diálogo amplio y franco todas las posibilidades de alcanzar un consenso en torno a un número impar algo superior al de doce consensuado en ponencia. Principalmente hablamos de como podíamos convenir una composición de quince miembros,

Vid., también el interesante comentario de ESPÍN TEMPLADO, Eduardo al Artículo 16 de la LOTC en REQUEJO PAGÉS, Juan Luis (Coordinador): *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Ed. Tribunal Constitucional y BOE, Madrid, 2001, pp. 293 y ss.

33. Fue en la última sesión de negociación noctámbula y secreta que celebramos los representantes de los diversos grupos parlamentarios que integrábamos la denominable *segunda ponencia de facto* durante la etapa de trabajos de la Comisión del Congreso, el 13 de junio de 1978, en una sala de reuniones de mi despacho de abogado en Madrid. Para una noticia parcial de la misma, *Vid.* reportaje sobre las reuniones secretas de negociación de la Constitución llevadas a cabo desde el 27 de mayo de 1978, publicado en *Cuadernos para el Diálogo*, núm. 269, 24-30 de junio de 1978, pp. 30 a 35.

pues parecía que este era el número ideal de magistrados (adoptado, como hemos anotado, por la Constitución italiana) que permitiría que el Tribunal dispusiese de tres Salas dotadas de cinco miembros, un 50 % más de Salas que las hoy existentes y configuradas por número impar de miembros, frente a las Salas de seis miembros actuales), pero el hecho es que pese a dedicar lo mejor de nuestro cansancio a este empeño no nos fue posible consensuar una fórmula compositiva concreta. Ese fue el último serio intento en el proceso constituyente en favor de una composición con un número mayor e impar de miembros, lo que, obviamente, en principio es la composición lógica de todo tribunal para dificultar los empates, pues nunca es positivo dictar resoluciones importantes en base al voto dirimente del Presidente. Pero aquella noche, el diálogo no generó ningún otro fruto distinto al acabar dando por sellado definitivamente el acuerdo entre los principales partidos en sede constituyente, hasta el punto de que se habló de dar por cerrada la cuestión tanto para la deliberación pendiente en el Congreso como en la a celebrar en el Senado.

Recuerdo que hice un esfuerzo por convencer a Fernando Abril Martorell, que encabezaba el equipo negociador de UCD, sentado frente al del PSOE que dirigía Alfonso Guerra, por que prosiguiéramos la discusión aquella noche hasta agotar, desde la misma *filosofía compositiva*, todas las posibilidades de consensuar un Tribunal Constitucional dotado de quince miembros. Fernando, poco dado a perder el sueño por meros problemas técnico jurídicos, echando una ojeada a su reloj, me dijo: «Oscar, son las cinco de la madrugada... y mañana hemos de estar en la Comisión a las nueve. Déjate de exquisiteces».

De esta forma, cuando el 16 de junio de 1978, en el seno de la Comisión del Congreso, hubo de debatirse este artículo (que en aquel momento se numeraba como 152) los partidos principales estaban vinculados por el compromiso de no cuestionar la composición del Tribunal y se comportaron consecuentemente mediante un expresivo silencio. Sólo se defendió una enmienda marginal por el Sr. Letamendía, que buscaba la existencia de magistrados designados por las Comunidades Autónomas, sin que ello abriera un auténtico debate³⁴.

El pacto fue tan férreo que cuando llegó la hora de debatir el actual art. 159.1 CE (entonces 153.1) en el Pleno del Congreso, no quedaba viva ninguna enmienda y, sin debate alguno, se pasó directamente a su votación.

Pero del trámite del Pleno del Congreso hay una circunstancia que no debe pasar desapercibida. En la extensa explicación del voto favorable del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, el Sr. Peces-Barba olvidó por completo en forma significativa a los dos miembros a proponer por el Gobierno y a los otros dos a designar a propuesta del Consejo General del Poder

34. Vid. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 91, 16 de junio de 1978, pp.3433 a 3435.

En *Constitución Española. Trabajos parlamentarios*, Ed. Cortes Generales, Vol. II, pp. 1699 a 1701.

Judicial y, por contraste pronunció estas palabras: *Entendemos que sobre todo los cuatro Magistrados propuestos por el Congreso y nombrados por el Rey y los cuatro propuestos en la misma forma por el Senado, al ser elegidos por los dos órganos que representan la soberanía nacional, tienen una composición mucho más democrática que cualquiera de los viejos sistemas de elección corporativa, como las propuestas hechas por Universidades o por Colegios de Abogados*³⁵.

Los cuatro miembros de origen no parlamentarios que UCD había logrado llevar al Tribunal Constitucional seguían siendo vistos sin entusiasmo por la izquierda. Aunque a nadie se podía engañar sobre los objetivos pragmáticos que movían al partido gubernamental, éste en los debates de pasillo había defendido su fórmula con cesiones en otros artículos de la Constitución y con la cobertura del argumento de que el origen tripartito (legislativo, ejecutivo y judicial) de los miembros del Tribunal Constitucional, al dejar al mismo respaldado por los tres poderes tradicionales del Estado, a lo que se sumaba el nombramiento formal por el Rey, le otorgaba tanto un significado integrador como la más alta dignidad. Y lo curioso es que esta argumentación dialéctica *de parte*, acabó calando en un sector de la doctrina, y quizás lo más paradójico es que entre la misma podamos citar al propio Profesor Peces Barba, quien ha escrito que «el origen de la composición pretende marcar la importancia y la independencia del Órgano al ser designados sus miembros por los tres poderes del Estado, aunque con un claro predominio del Legislativo que elige dos tercios, repartiéndose el tercero entre Gobierno y Poder Judicial»³⁶. Y hasta la indiscutible autoridad de D. Manuel García Pelayo acogió esta tesis a modo de axioma en estos términos: «Los magistrados del Tribunal Constitucional son nombrados por el Rey a propuesta del Congreso de los Diputados, del Senado, del Gobierno y del Consejo General del Poder Judicial, es decir, es el único órgano constitucional en el que intervienen en el proceso de nombramiento de sus miembros todos los restantes órganos constitucionales, lo que, junto a otros significados posibles tiene el de reforzar su dignidad y acentuar su significación integradora»³⁷, aunque hay que leer sus palabras sin olvidar que las escribe desde la Presidencia del Tribunal Constitucional, que tuvo el honor de inaugurar.

Volviendo la vista a la intervención del portavoz socialista, Sr. Peces-Barba, en el Pleno del Congreso, también merece la pena llamar la atención del lector sobre la circunstancia de que la última parte de su discurso se centra en razonar y justificar por qué no se habían seguido ciertas pautas marca-

35. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 115, 20 de julio de 1978, p.4516. En *Constitución Española. Trabajos parlamentarios*, Ed. Cortes Generales, Vol. II, p. 2488.

36. PECES-BARBA, Gregorio: *La Constitución española de 1978. Un estudio de Derecho y Política*, Ed. Fernando Torres, Valencia, 1981, p.213.

37. GARCÍA PELAYO, Manuel: «El status del Tribunal Constitucional», en *REDC*, núm. 1, año 1980, p. 29.

das, en cuanto a la composición del Tribunal de Garantías Constitucionales, por la Constitución republicana de 1931. Son palabras explicativas dirigidas a los escaños del propio PSOE, donde se sentaban algunos congresistas –sobre todo los de mayor edad– identificados con la trayectoria republicana de su partido. Y es que un estudio monográfico que aún se encuentra por abordar entre nosotros, y de cuyo interés yo no dudaría, es aquel que analice cómo gravitó sobre los constituyentes socialistas el recuerdo de la Constitución de nuestra II.^a República, en qué pequeña medida asumieron tal modelo y tradición y en qué forma obviaron seguir en lo fundamental las pautas de dicho precedente³⁸.

En el Senado el pacto de hierro intrapartidario se cumplió tan sin fisuras que la materia pasó sin debate por la Comisión y en el Pleno sólo registró unas meras enmiendas testimoniales: La del senador Ollero –que la retiró antes de su votación– era reflejo de su lealtad monárquica que le llevó a defender que un tercio de los componentes del Tribunal Constitucional fuesen designados libremente por el Rey, con el argumento de que ello incrementaría la independencia del Tribunal pero con olvido de que tal solución es imposible de concebir en una Monarquía parlamentaria; y la defendida por el senador Villar Arregui en pro de la supresión de la propuesta de dos magistrados por el Gobierno, que –sin duda contando con información veraz sobre el discreto consenso construido en el Congreso– calificó con buen criterio de «atípica», y a favor de su acumulación a la cuota a proponer por la Cámara alta³⁹.

Como no podía menos de ser, nuestra Constitución, de una parte, responde al equilibrio alcanzado entre preocupaciones e intereses naturales de los partidos presentes en el proceso constituyente, que no podían desconocer la vieja afirmación según la cual, en última instancia, el legislador ordinario puede verse obligado a desempeñar su función de acuerdo con las pautas que los magistrados constitucionales hayan establecido. Y, de otro lado, se tenían que plantear las garantías tradicionalmente incorporadas en otros sistemas constitucionales europeos para que tales magistrados pudieran actuar con la debida independencia.

La temática de la independencia de los miembros de los tribunales constitucionales es la otra cara de la moneda de aquella que plantea el origen político de su nombramiento. Es una cuestión calificable de clásica⁴⁰, sobre la que

38. Cabría estudiar tal problemática también respecto de otros grupos parlamentarios conectados con la experiencia republicana. Principalmente es digno de ser analizado en profundidad el caso del Partido Nacionalista Vasco. Algún interés tiene quizás también este análisis referido a CIU y al PCE, por razones que se nos antojan obvias.

39. *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 66, 4 de octubre de 1978, pp. 3310 y ss.

En *Constitución Española. Trabajos parlamentarios*, Ed. Cortes Generales, Vol. IV, pp. 4760 y ss.

40. *Vid.*, por ejemplo, CRISAFULLI, Vezio: «La Corte costituzionale tra magistratura e parlamento», en *Scritti in memoria di Calamandrei*, Padova, 1958, Vol. IV, pp. 273 y ss.; BARILE, P.: «La Corte costituzionale organo sovrano, implicazioni pratiche», en *Giur. cost.*, año 1957, pp. 907 y ss.; VERGOTTINI, Giuseppe de: *Diritto costituzionale*, Ed. Cedam, Padova, 3.^a ed., 2001, pp. 612 a 614.

aquí no nos corresponde teorizar. Sólo referirnos a que –como ha puesto de manifiesto con particular rigor y claridad Fernández Segado– la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional han previsto un conjunto de frenos u obstáculos que se oponen al peligro de vinculación partidista de los magistrados constitucionales⁴¹. El mismo autor los concreta en cinco, a saber: a) La exigencia de una mayoría cualificada; b) El largo plazo de desempeño del cargo; c) La renovación parcial del Tribunal; d) la irrelegibilidad inmediata de los Magistrados; y e) La cualificación requerida para el acceso al Tribunal. A ellas suma las notas propias del estatuto jurídico de los magistrados constitucionales (inamovilidad, inviolabilidad, independencia económica, régimen de incompatibilidades...).

Si centramos nuestra reflexión sobre los citados cinco «frenos frente a la politización», fácilmente llegaremos a la conclusión de que la nota clave para evitar que un Gobierno respaldado por mayoría parlamentaria simple pueda nombrar miembros del Tribunal Constitucional entre *personas de su mundo* es la citada exigencia de una mayoría cualificada. Dedicuémosle, por tanto, algunas breves consideraciones.

La primera es obvia. Este *freno* por definición no opera respecto de los dos magistrados que puede nombrar el Gobierno entre personas afines que cumplan los demás requisitos aludidos. Y tiene una traducción muy singular cuando se trata de los que corresponde nombrar al Consejo General del Poder Judicial⁴².

El *obstáculo constitucional* se limita al nombramiento de magistrados por las Cámaras parlamentarias. Es lo cierto que se encuentra establecido en la letra de nuestra *Lex superior*, lo que no sucede en los prestigiados precedentes italiano y alemán donde la mayoría reforzada se impone por las respectivas leyes reguladoras de la institución; pero también es verdad que en ambos países –al igual que en otros muchos europeos⁴³– se exige una mayoría cualificada superior, en concreto de dos tercios, lo que de haberse constitucionalizado entre nosotros habría evitado que en alguna legislatura el partido gubernamental dispusiese el solo, como efectivamente llegó a ocurrir, de la débil mayoría cualificada de los tres quintos en alguna de las cámaras⁴⁴. Dicho en otras palabras este *freno* se incorporó a nuestro régimen constitucional en su versión menos potenciada.

41. FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO: *El Sistema constitucional español*, Ed. Dykinson, Madrid, 1992, pp. 1057 a 1070.

El mismo autor ha vuelto sobre la misma materia, en términos aún más precisos y extensos, en su «Comentario al artículo 159», en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (Director): *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Ed. Cortes Generales y Edersa, Madrid, 1999, Vol. XII, pp. 79 a 161.

42. En este caso la mayoría cualificada de tres quintos no es una previsión constitucional, sino que viene dispuesta por el art. 127.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, respecto de los correspondientes acuerdos del Pleno del Consejo General del Poder Judicial.

43. Es el caso, entre otros, de Bélgica, Hungría, Polonia y Portugal.

44. Como se recordará, el PSOE dispuso de una mayoría superior a los citados tres quintos en el Senado durante la legislatura 1982/1986.

No obstante, este *freno a la politización del Tribunal* ha gozado desde su primera hora de muy buena acogida en nuestra doctrina⁴⁵ y no puede extrañar que sea así ya que en la práctica es el único mecanismo que puede propiciar el designar, por consenso entre las principales fuerzas parlamentarias, magistrados en que prime su peso específico sobre sus relaciones personales con uno u otro partido político.

El único inconveniente serio que se puede esgrimir contra este dispositivo de contrapeso de posibles nombramientos unilaterales por la mayoría parlamentaria simple es que, al demandar de un acuerdo entre varias fuerzas políticas, puede propiciar retrasos en la renovación de las vacantes que se produzcan en el Tribunal, por vencimiento del plazo de nueve años para el que son nombrados los magistrados o por cualquier otra circunstancia que constituya causa de cese conforme al art. 23 de la LOTC (renuncia, muerte, incapacidad, incompatibilidad sobrevenida...), si la perfección de dicho acuerdo se demora. Aunque algún autor como Santaolalla, en base al riesgo señalado, estima que hubiese sido más lógico que la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional se realizase por mayoría simple, en cuanto regla básica de un sistema democrático⁴⁶; entendemos que le asiste toda la razón a Fernández Segado cuando ha replicado que no es posible identificarse con tal planteamiento pues la elección de magistrados del Tribunal Constitucional no puede quedar sujeta al libre juego de mayorías y minorías; ya que ello supondría darle un valor enteramente político que, de modo casi inevitable, repercutiría sobre el propio nombramiento, propiciando que cada mayoría parlamentaria tratara de proponer como miembros de nuestro supremo intérprete de la Constitución a personas que les fueran afines, lo que, como resulta obvio, politizaría —y a la vez desnaturalizaría— en grado sumo la elección⁴⁷. Esta última línea de reflexión nos parece sensiblemente más aceptable que la que arriesgadamente defiende «una traslación de las dificultades procedimentales propias del proceso constituyente al procedimiento de designación de los intérpretes supremos de la norma que resulta de aquel proceso»⁴⁸.

El problema de que la mayoría cualificada se exija precisamente para propiciar el consenso y que a falta de este surgen retrasos a cubrir vacantes es, por lo demás, obvio. Creo que fuimos nosotros los primeros en plantear en 1978 la cuestión y en contestarla en estos términos: «La Ley Orgánica que ha de regular el Tribunal Constitucional debe prever tal hipótesis y como la Cons-

45. *Vid.*, por ejemplo, RUBIO LLORENTE, Francisco: «Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional», en *Revista de Derecho Político*, núm. 16, año 1982, p. 34. y ARAGÓN REYES, Manuel: «El Control de constitucionalidad en la Constitución española de 1978», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7 (Nueva Época), año 1979, p. 178.

46. SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando: *Derecho Parlamentario Español*, Editora Nacional, Madrid, 1984, p. 366.

47. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: «Comentario al artículo 159», en *op. cit.*, p. 99.

48. SERVICIO DE ESTUDIOS, BIBLIOTECA Y DOCUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: *op. cit.*, p. 220.

titución no autoriza a que, de surgir la dificultad apuntada, puedan el Congreso o el Senado acudir a mayoría inferior a la del 60 por 100 (lo cual, en la práctica, puede acarrear dificultades puesto que nuestro sistema parlamentario prevé la operatividad política de mayorías simples e incluso de gobiernos de minoría), pienso que sería conveniente que dicha Ley Orgánica admitiese la posibilidad de que el Tribunal Constitucional funcionase aún cuando tuviera vacantes en su seno, al menos dentro de unos límites prudentes⁴⁹. Y, en términos coherentes, la LOTC, en su art. 14, dispone que Pleno, Salas y Secciones podrán adoptar acuerdos con la presencia de dos tercios de los miembros que en cada momento las compongan, en los términos que son sobradamente conocidos; amén de que su art. 17, como también es sabido, prevé que antes de los cuatro meses previos a la fecha de la expiración de los nombramientos, el Presidente del Tribunal solicitará de los presidentes de los órganos que han de hacer las propuestas para la designación de los nuevos Magistrados, que inicien el procedimiento para ello. Previsión a la que se suma la inclusión de la institución de la «prorrogatio» sin plazo límite, conforme a la cual los Magistrados continuarán en el ejercicio de sus funciones hasta que hayan tomado posesión quienes hubieren de sucederles. Esta última previsión de la LOTC es completamente consecuente con que nuestra Constitución no estableciese la figura del Magistrado suplente.

En otras palabras, la constitucionalización del principio de la mayoría cualificada para las propuestas de origen parlamentario se ha recogido en España pese a sus inconvenientes para los supuestos en que resulte difícil el acuerdo político sobre los nombres de los nuevos magistrados. La cuestión no parece que hoy sea esa, sino, más bien, la de con arreglo a qué tipo de prácticas, llegado el momento, debe cumplirse con la obligación constitucional de consensuar las personas concretas que las Cámaras deben proponer para miembros del Tribunal Constitucional. Porque no cabe engañarse, hay usos más acordes con los principios y valores democráticos que otros.

4. LA PRIMERA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA LETRA DE LA CONSTITUCIÓN EN EL NOMBRAMIENTO DE MAGISTRADOS

Permítasenos volver a mentar algo ya suficientemente subrayado en estas páginas. El consenso constituyente incluyó el que se aceptasen dos peticiones de UCD de contenido un tanto singular: Dos miembros del Tribunal serían propuestos unilateralmente por el Gobierno y otros dos por el Consejo General del Poder Judicial. No es este el momento de conjeturar hasta qué punto el PSOE intuyó que podría, en su día, controlar ambos órganos constituciona-

49. ALZAGA VILLAAMIL, Óscar: *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, Ed. del Foro, Madrid, 1978, p. 918.

les proponentes, como efectivamente sucedió a partir de 1982. Pero sí queremos dejar aquí constancia de que el Partido Socialista accedió a tal estructura compositiva del alto Tribunal a cambio de un compromiso sobre su primera composición.

En efecto, el consenso constituyente, por lo demás, incluyó un compromiso no escrito que los negociadores del PSOE nos plantearon a los centristas, a saber, todos los miembros del primer Tribunal, que se constituiría poco después de aprobarse la Constitución (el Anteproyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional se redactó a la par que la propia Constitución para hacer que ello fuera factible) serían juristas de auténtico prestigio y todos serían nombres asumibles por los dos partidos. Dicho en otros términos, con independencia del origen de las propuestas, los doce miembros se consensuarían entre los dos grandes partidos entre juristas de primer nivel de prestigio. Tal compromiso se cumplió rigurosamente en 1979 incluso en lo concerniente a los dos miembros del TC formalmente propuestos unilateralmente por el Gobierno y en lo relativo a los dos propuestos por el Consejo General del Poder Judicial. Así lo reconoció en su momento el PSOE y lo reflejó Peces-Barba poco tiempo después⁵⁰.

En aquella primera ocasión, como se recordará, el Congreso eligió a Manuel Díez de Velasco, Aurelio Menéndez, Francisco Rubio Llorente y Francisco Tomás y Valiente; y el Senado a Gloria Begué, Luis Díez Picazo, Manuel García Pelayo y Ángel Latorre, todos ellos —por cierto— catedráticos de diversas Facultades de Derecho de nuestras Universidades. Tras la pronta dimisión de Aurelio Menéndez, el Congreso de los Diputados eligió a Antonio Truyol, también Catedrático de Universidad. Por su parte el Gobierno designó a Rafael Gómez Ferrer y a Jerónimo Arozamena, el primero Catedrático y el segundo Magistrado. Seguidamente, el Consejo General del Poder Judicial eligió a Ángel Escudero y a Plácido Fernández Viagas, naturalmente ambos de la carrera judicial⁵¹.

Este sistema de pleno consenso entre UCD y PSOE sobre la totalidad de los magistrados del Tribunal Constitucional (tramitado en el seno del CGPJ de forma, naturalmente, indirecta) si ha de ser juzgado por sus frutos merece un elogio pleno y sin reservas. Ciertamente se constataba que los primeros componentes de nuestro Tribunal Constitucional fueron personas de un prestigio y rango profesionales prácticamente insuperables en el campo del Derecho

50. Quien dejó escrito que se trataba de «asegurar candidatos aceptados por todos» y añadió que: «así se ha producido ya la elección por primera vez de los ocho magistrados por Congreso y Senado en términos muy positivos a mi juicio». En *op. cit.*, p. 214.

51. RRDD 301/1980 a 310/1980, de 14 de febrero. BOE, núm. 46 de 22 de febrero, pp. 4160 y 4161, con los nombramientos de los miembros del Tribunal Constitucional propuestos por el Congreso de los Diputados, el Senado y el Gobierno.

RRDD 2514 y 2515/1980, de 7 de noviembre. BOE, núm. 278, de 19 de noviembre, p. 25855, con el nombramiento de los dos magistrados propuestos por el Consejo General del Poder Judicial.

español. La calidad de los Autos y Sentencias que dictaron –la de mayor nivel en la historia de nuestro Tribunal Constitucional– así lo avalan.

Las reflexiones anteriores nos sirven de pie para reflexionar sobre que a la hora de abordar la composición de nuestro Tribunal Constitucional no sólo hay que glosar su número de miembros y los órganos que proponen al Rey su nombramiento. Al menos hay que parar mientes en los requisitos exigidos en la teoría y en la práctica a los juristas objeto de nombramiento.

En efecto, el art. 159.2 CE dispone 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.*

Uno de los autores a que se debe un excelente estudio sobre esta materia, el Prof. Fernández Segado, ha incluido con la mejor voluntad esta exigencia de una cierta cualificación técnico jurídica entre los que da en llamar, en expresión muy gráfica, «los frenos frente a la politización» ya comentados más arriba. Y sobre el papel no cabe duda de que es así. No obstante, en el duro terreno de la realidad política, cabe albergar dudas sobre que la prioritaria preocupación desde la que se redactó el citado apartado 2 del art. 159 fuese la obsesión por establecer un freno a la politización y más bien algunos de sus contenidos dispositivos se nos aparecen como fruto del deseo de los constituyentes de construir el más ancho y flexible abanico de los *presentables* de cara a poder elegir miembro del Tribunal Constitucional a un número casi ilimitado de juristas, sin otro requisito práctico que el de llevar quince años de carrera profesional y, claro está de gozar de los apoyos políticos precisos para el nombramiento.

No se trata de hacer nuestra la frase a todas luces excesiva de Ángel Osorio y Gallardo, quien, en su día, se refirió a los miembros del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución de 1931 denominándoles «unos señores salidos de los casinos políticos para ser Jueces de Jueces, de Gobernantes y de Legisladores». Los miembros de nuestro Tribunal Constitucional merecen sin duda mayor respeto y consideración.

Pero sí hay que constatar que la amplitud de la redacción del art. 159.2 CE es notable y deja a los partidos políticos un anchísimo censo de juristas a barajar para su inclusión en el Tribunal Constitucional. En efecto, para empezar se exige un ejercicio profesional (expresión impropia cuando se extiende de los abogados a los funcionarios) de tan solo quince años. La Ponencia, siguiendo el precedente del art. 135.2 de la Constitución italiana, había recabado inicialmente una solera mayor, de veinte años, que fue reducida por los constituyentes.

Con la misma intención de flexibilizar los requisitos exigibles, se evitó la prohibición de reelección que encontramos en los art. 135 de la Constitución italiana y 56 de la vigente Constitución francesa, lo que ha permitido la solución adoptada por el art. 16.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de que los cargos sean renovables aunque no para el periodo inmediato, de la que ya se ha hecho uso en algún caso.

Y, sobre todo, se abrió el abanico a la hora de describir la calificación que es tan amplia que en la práctica cabe todo jurista que tenga una vida profesional de al menos quince años. Ciertamente el criterio constitucional de que los miembros gocen «de reconocida competencia» es un *concepto jurídico indeterminado* y el mismo en la vida real sólo parece significar que es el propio nombramiento el que reconoce discrecionalmente la competencia.

Dicho en otras palabras, el nivel de los miembros del Tribunal Constitucional, su independencia de criterio y su aptitud para desempeñar su función (bien distinguible de su incondicionalidad al partido al que puedan deber el nombramiento) son máximos cuando, desde la preocupación por preservarlos, se consensuan todas las personas propuestas entre los grandes partidos, con la debida altura de miras, como se demostró que era factible llevar a cabo en 1980, con motivo de la primera constitución del Tribunal.

La vieja preocupación de Hans Kelsen por evitar una *influencia oculta e incontrolable de los partidos políticos sobre el Tribunal Constitucional* obviamente no queda enervada en la vigente Constitución española. Mucho depende de las prácticas aplicativas que se sigan. Ello obliga a los constitucionalistas apegados al mejor realismo a analizar cómo se plasma la misma a la hora de proponer al Rey a quienes van a ser miembros del Tribunal. Y bien merece alguna consideración el que unas buenas prácticas iniciales sean objeto de cambio, no ya respecto de los magistrados de *origen no parlamentario* —lo cual es explicable— sino también respecto de los que son objeto de propuesta por las Cámaras, para los que hay una exigencia de consenso en la letra de nuestra Constitución.

5. LAS ULTERIORES PRÁCTICAS APLICATIVAS DE LA CONSTITUCIÓN EN CUANTO AL NOMBRAMIENTO DE LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sobre los miembros del Tribunal Constitucional que provienen de las propuestas que se formulan al Rey desde el Gobierno y desde el Consejo General del Poder Judicial poco hay que decir.

Las vacantes que le corresponde cubrir unilateralmente al Gobierno respecto de los miembros de su *origen*, de ordinario —una vez superado el gran consenso inicial para configurar el primer Tribunal en 1979—, se cubren naturalmente con miembros afines a la mayoría gubernamental, normalmente de estimable formación técnico jurídica.

Y las dos plazas a cubrir desde el Consejo del Poder Judicial tienen el sesgo de la mayoría coyuntural del mismo que, dada la composición de tal órgano, guarda relación con la mayoría parlamentaria de la coyuntura política en que se ha procedido a renovar dicho Consejo. Eso si, en principio, por esta vía se nombra a dos miembros del Tribunal Constitucional pertenecientes a la carrera judicial, en la que naturalmente aunque hay una mayoría conservado-

ra no falta un ala más o menos progresista. Aunque la experiencia acredite que también por otras vías acceden al Tribunal magistrados de la carrera judicial, como expresamente admite el art. 159.1 CE.

Permítasenos indicar, entre paréntesis, que a la mayoría inicial de magistrados constitucionales de extracción entre catedráticos de universidad, con una minoría de origen en la carrera judicial y ningún miembro proveniente de las órbitas del funcionariado y de la abogacía, ha ido manteniéndose la ausencia de funcionarios y la de meros abogados (con la excepción significativa del Sr. Gay) y sumándose una tendencia progresiva a incrementar el porcentaje de miembros de la carrera judicial.

Cuestión que por cierto precisaría de mayor detenimiento es el de la idoneidad de los jueces y magistrados de carrera, acostumbrados en nuestro país a producir sentencias y otras resoluciones particularmente breves en aplicación de las leyes, para elaborar las extensas y complejas sentencias que ha de dictar el Tribunal Constitucional, para pronunciarse no sobre meras cuestiones de legalidad sino sobre complejos problemas de presunta inconstitucionalidad.

Muy sofisticada parece hoy la dinámica de cobertura de los cuatro miembros del Tribunal Constitucional propuestos por el Congreso de los Diputados y de los otros cuatro que se nombran a propuesta del Senado. Ya hemos constatado que para estos supuestos las Cámaras parlamentarias han de formular su acuerdo, de conformidad con el espíritu constitucional, mediante una mayoría cualificada de tres quintos de sus miembros. Esta mayoría debe excluir, de ordinario, en la práctica de la vida política española la posibilidad de que con el exclusivo apoyo del partido que respalda al Gobierno se puedan proponer a los ocho miembros del Tribunal Constitucional a que nos referimos. La mayoría parlamentaria gubernamental consecuentemente ha de consensuar tales nombramientos.

Ciertamente, cuando se redactó la Constitución, se presentó en los debates constituyentes tal dispositivo de mayoría cualificada de tres quintos como la principal garantía de que los miembros del Tribunal, lejos de ser mero reflejo o trasunto del color del Gobierno de turno, serían juristas de singular prestigio en torno a cuyo peso específico se cuajaría un amplio consenso, al menos, entre los dos principales partidos políticos. Y esta perspectiva es aun hoy recogida como una garantía operativa de la constitución apolítica del Tribunal en no pocos manuales y tratados de nuestra Disciplina.

Sin embargo, los usos políticos aplicativos del art. 159 de la Constitución han derivado en la mayor parte de los casos en una dirección bien diferente. Así, es pauta habitual que, cuando llega el momento de renovar cuatro vacantes de una de las Cámaras, el partido político que está asumiendo la responsabilidad de gobernar se considera con derecho a cubrir dos vacantes con juristas de su confianza. A la vez se reconoce al principal partido de la oposición el derecho de designar a otro y, de hecho, sólo el cuarto es objeto de detallado diálogo y subsiguiente consenso.

La práctica anterior tiene una modalidad algo más compleja en aquellas legislaturas en que el partido gobernante obtuvo en las elecciones generales una mayoría parlamentaria no absoluta. En tales casos (que se han producido en tres ocasiones tras las cuatro últimas elecciones, es decir, en todas menos en la última que se ha celebrado) el partido con mayor número de escaños en el Congreso ha solido cerrar algún acuerdo con CIU para poder gozar de mayoría parlamentaria. En tales casos, los nacionalistas catalanes han exigido que el consenso les permita bien vetar a los posibles miembros del Tribunal Constitucional que estima *centralistas*, bien incluir en el cupo reservado al partido del Gobierno a un hombre suyo, bien ambas cosas a la vez. Todo ello no precisamente *ad pompam vel ostentationem* si contemplamos el giro *autonomista* que se dio en tales legislaturas a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Las prácticas anteriores, que hemos procurado relatar con parquedad, puesto que sus detalles no nos interesan aquí y ahora, pueden resumirse en la afirmación de que la *lotización* convenida entre los partidos para cubrir desde los órganos de las Cajas de Ahorros hasta el Tribunal de Cuentas se ha convertido en una filosofía política de general aplicación, a la que no escapa en verdad la composición del Tribunal Constitucional, pese a las trascendentales misiones que le están confiadas por la propia Constitución.

Es cierto que tal dinámica tiene, más que frenos, algún contrapeso significativo, como la renovación por tercios del Tribunal, que puede equilibrar su composición. Pero este factor de equilibrio no resuelve el mayor problema que emana de esta realidad: En buena parte de casos en la propuesta de los miembros del Tribunal pesa, más que su reconocida competencia, su *reconocida afinidad* sino con la organización del partido que los propone, al menos con algunas de sus actitudes básicas. Aunque desde luego hay siempre miembros que gozan del mejor nivel como juristas. Pero si comparamos esta dinámica con la seguida para la primera configuración del Tribunal parece obvio que aquella aseguraba mejor la autonomía de los magistrados constitucionales respecto de los diversos partidos y que también permitía reunir al mejor plantel de juristas disponibles al efecto.

Sin embargo, si hemos de ser claros y sinceros es preciso reconocer que nuestras discutibles prácticas no son un tortuoso invento de la clase política española, sino que tienen significativos precedentes en la forma de cubrir las vacantes seguida en los Tribunales constitucionales que nos han servido de modelo, el italiano y el alemán especialmente.

En efecto, la mayoría cualificada es exigida por la ley italiana⁵² con requisitos como el voto secreto que parecen buscar una elección de magistrados

52. El art. 3.º de la Ley Constitucional núm. 2, de 22 de noviembre de 1967, dispone: «Los Jueces del Tribunal Constitucional que nombra el Parlamento son elegidos en sesión conjunta de las dos Cámaras, mediante escrutinio secreto y por mayoría de dos tercios de los componentes de la Asamblea. Para las votaciones sucesivas a la tercera será suficiente la mayoría de los tres quintos de los componentes de la Asamblea».

constitucionales del máximos prestigio, al margen de sus vínculos con los grandes partidos. Sin embargo, la práctica ha ofrecido un panorama bien diferente, que en palabras del Prof. Pizzorusso se podía describir en 1999 así: «No están previstas candidaturas, pero en el caso del Parlamento generalmente se reconoce en favor de los partidos mayores un derecho de propuesta, según una convención no escrita, actualmente en curso de modificación como consecuencia de los cambios que se han producido en los últimos años en las fuerzas políticas. La convención vigente hasta 1992, ante una fuerte estabilidad de los resultados electorales, preveía que el derecho de propuesta correspondiese a la Democracia Cristiana para dos puestos, al Partido Comunista y al Partido Socialista para uno cada uno y a los partidos *laicos menores* (Partido Republicano, Partido Liberal y Partido Socialdemócrata), por turno, para el último puesto. Después de 1992, tres puestos (precedentemente ocupados por un candidato de la Democracia Cristiana, por uno del Partido Comunista y por otro del Partido Republicano) se han asignado a un candidato del *Ulivo*, a uno del diputado Berlusconi y a otro de Alianza Nacional (exMovimiento Social Italiano, que con anterioridad nunca había logrado candidatos propios)»⁵³. En suma, el sistema italiano, aunque atemperado por la independencia de los cinco magistrados constitucionales nombrados por el Presidente de la República y en menor medida por la indisciplina reinante en ocasiones en el seno de los respectivos grupos parlamentarios, ha derivado hacia un sistema de cuotas que vacía en la práctica de contenido la exigencia constitucional de mayoría cualificada.

Si tornamos la vista hacia Alemania, nos encontramos con que legalmente⁵⁴ los Jueces del Tribunal Constitucional propuestos por el *Bundestag* son elegidos mediante elección indirecta, ya que esta Cámara baja elige un colegio electoral de doce compromisarios que es el que formula las propuestas, requiriéndose para ser elegido Juez Constitucional al menos ocho votos, equivalentes a una mayoría de dos tercios. A su vez el *Bundesrat* elige la otra mitad de los Jueces constitucionales mediante mayoría cualificada de dos tercios⁵⁵. Pues bien, si dejamos la letra de la ley para fijar nuestra atención en el sistema real de nombramiento de los Jueces Constitucionales alemanes observaremos con facilidad que los dos grandes partidos, CDU (con la suma de la CSU bávara) y SPD, llevan décadas designando cada uno de ellos tres candidatos por cada Sala del Tribunal, mientras que los otros dos candidatos, que se adjetivan curiosa y preocupantemente (si volvemos la oración por pasiva) de *neutrales*, son elegidos alternativamente por los mismos dos grandes partidos políticos. El mecanismo se completa con la convención de que cuando

53. PIZZORUSSO, Alessandro: «La Justicia Constitucional en Italia», en *Rev. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 4, año 1999, p. 158.

54. Art. 6.º del Texto de Ley refundido sobre el Tribunal Constitucional Federal, de 3 de febrero de 1971.

55. Art. 7.º de la Ley citada en la nota anterior.

uno de esos grandes partidos gobierna con el apoyo de un partido menor cede en favor de éste el derecho de presentación de un candidato, de lo que durante algunas legislaturas se beneficiaron los liberales y hoy los verdes. La disciplina germánica no suele dejar resquicios a la emoción que en Italia han aportado en ocasiones las prácticas hiperdemocráticas intra partidarias.

La exposición precedente de las convenciones constitucionales, si es que pueden ser así denominadas, vigentes en Italia y Alemania, permite fácilmente colegir que las prácticas *lotizadoras de la grupocracia* imperante en el parlamentarismo español hunden sus raíces en las de muy análogo corte de los modelos constitucionales contemplados a la hora de establecer en nuestra Constitución de 1978 el Tribunal Constitucional.

6. ALGUNAS CONSIDERACIONES INGENUAS SOBRE LA MATERIA

Parece obvio que, como ha quedado glosado, la práctica aplicativa actual de la mayoría cualificada que establece el art. 159.1 CE para que las dos Cámaras que configuran las Cortes Generales formulen al Rey sus respectivas propuestas para miembros del Tribunal Constitucional, se ha desviado del propósito inicial de consensuar plenamente tales magistrados entre los principales partidos. Pero no es menos cierto que ello no parece deberse a vicios inherentes a la redacción de tal precepto constitucional. El referido artículo incorpora una prima inusual al Gobierno, (los dos magistrados que libremente designa), pero no tiene ningún fundamento la tesis de que el mismo es proclive a que el Tribunal esté controlado por el Gobierno (y su respectiva mayoría parlamentaria). Ello puede darse y se ha dado⁵⁶ en nuestra práctica constitucional sobre todo por la sustitución de la filosofía del *consenso*, por la más pragmática de las *cuotas*. Simplemente estamos, como tantas otras veces, ante casos de sistemática deformación de las pautas de comportamiento previstas en la Constitución para los órganos constitucionales, auspiciada por los auténticos protagonistas colectivos de nuestro sistema democrático, los partidos políticos. Lo que se da entre nosotros, según ya hemos visto, en forma básicamente análoga a como ocurre en otras latitudes de la Unión Europea.

La extensión epidémica de la enfermedad, como todo mal de muchos puede servir de consuelo, según el viejo adagio; amén de que de la misma puede colegirse que pedir a los partidos políticos —que tienen como fin, según la vieja definición de Max Weber, la conquista del poder— el que no aspiren a un cierto control del Tribunal Constitucional puede parecer formular una súplica utópica, pues no en vano el Tribunal Constitucional asume significativas dosis de

56. Sobre el carácter determinante del Gobierno en la composición del Tribunal Constitucional español, *Vid.*, PÉREZ TREMP, Pablo (en el libro colectivo escrito por él junto con DE ESTEBAN, JORGE, LÓPEZ GUERA, LUIS y otros): *El régimen constitucional español*, Vol. I, Ed. Labor, Barcelona, 1980, p.255.

poder, aunque lo definamos como un controlador de los poderes constituídos. Todo contrapoder obviamente no puede dejar de tener una dimensión de poder. Un tribunal que dice la última palabra en los contenciosos competenciales entre el Estado y las Comunidades Autónomas o que puede anular una ley por considerarla inconstitucional es titular de un gran poder político.

A la difícil cuestión de cómo deben consensuarse los miembros de nuestro Tribunal Constitucional, por supuesto, hay que acercarse una vez chapuzados del necesario realismo. Por supuesto, las vías de solución no pasan por la candorosa pretensión de que los miembros del Tribunal Constitucional sean nombrados entre arcángeles por una clase política, a su vez, angélica. No se trata de un Tribunal celeste sino terrenal y hay que buscar fórmulas con los pies en el ruedo de esta dura tierra nuestra.

Como verá el lector, no nos planteamos la cuestión en términos *de Constitutione ferenda*, sino *de Constitutione data*. Es obvio que no está reabierto un debate constituyente sobre un sistema alternativo de composición de nuestro Tribunal Constitucional. Lo que sí estimamos en todo caso pertinente es promover la reflexión sobre la aplicación, en el seno de las Cámaras parlamentarias, de la mayoría cualificada de tres quintos.

Nos resulta difícil compartir la tesis del Prof. De Esteban acerca de que los Jueces constitucionales no deberían asumir la tentación de apartarse demasiado de la regla democrática de la mayoría⁵⁷, toda vez que no les legitima su origen en una elección popular, sino su idoneidad técnico jurídica para desempeñar la función de la defensa de una Constitución a respetar por todos los los poderes públicos y ciudadanos. Es decir, debe garantizarse la alta cualificación jurídica de los miembros del Tribunal para asumir una función de carácter jurisdiccional, aunque de innegable alcance político. A estos efectos, el más amplio de los consensos posible entre los principales partidos políticos (entre todos, será simplemente imposible, casi siempre) sobre los futuros magistrados a proponer por el Congreso y el Senado, es la fórmula ideal, en la forma que fue factible en 1980 al constituirse, como ya hemos visto, por primera vez el Tribunal. De hecho el alto nivel de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional durante sus primeros tres años no ha vuelto a ser igualado. Bien puede decirse que aquella fue la Edad de Oro del Tribunal, pese al elevadísimo nivel que ha caracterizado a tantos Magistrados de los que se han incorporado al mismo años después.

Pero hoy, como ha quedado expuesto, asistimos a la consagración de un método bien distinto, denominable *sistema de cuotas*. Aunque algún autor de prestigio cierto, como Espín, ha apuntado a que «quizás no se trate de un procedimiento inadecuado»⁵⁸ a nosotros esta *lotización* se nos antoja más perversa.

57. DE ESTEBAN, Jorge: «La renovación del Tribunal Constitucional: Una voz disidente (I)», en *El País*, 20 de marzo de 1983. Citado por FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO: «Comentario al artículo 159» en *op. cit.*, p. 91.

58. ESPÍN TEMPLADO, Eduardo: *op. cit.*, p. 298.

sa que canonizable. Amén de las críticas, que nos parecen perfectamente suscribibles, de Rubio Llorente⁵⁹ o de Fernández Segado⁶⁰, conviene subrayar que dicho método conduce a que tanto en el mundillo de los profesionales del Derecho como, con frecuencia, entre los meros lectores de la prensa diaria, se convierte en *vox populi*, en cada renovación, qué magistrados lo son a propuesta del PP, quienes a propuesta del PSOE y cual ha sido laboriosamente consensuado. Este etiquetado público de los Jueces constitucionales, aún antes de que hayan tomado posesión, como *conservadores* o *progresistas* es un flaco servicio que se le hace a la imagen de independencia frente a los partidos políticos, deseable en todo magistrado y es un factor que en nada contribuye al necesario prestigio del Tribunal Constitucional a la hora de desempeñar sus delicadas funciones.

La crítica a la *práctica distributiva* entre los principales partidos de las designaciones de buena parte de los magistrados del Tribunal Constitucional debe ser firme en nuestra doctrina científica. El requisito de que las cámaras eleven sus propuestas por mayoría cualificada no es de naturaleza formal; antes bien responde a la asunción por nuestros constituyentes del valor de la designación compartida, o por consenso, de los miembros de tan alto tribunal, como sistema que garantiza su independencia a la hora de interpretar la Constitución. El sistema de cuotas suprime de raíz tal garantía constitucional y, a la postre, es un *fraude de ley* por el que se cumple con la letra de la Constitución para alcanzar los partidos/grupos parlamentarios una *apropiación dominical* de una cuota de los magistrados a designar por las cámaras, lo que nuestra *lex superior* excluyó a través de la exigencia de una mayoría de tres quintos. Claro es que tras la ruda realidad de esta suerte de fraude a la Constitución late la deformación del parlamentarismo y del sistema de partidos, pero esa ya es materia que excede del ámbito de estas páginas.

Con análogo esfuerzo con el que se suele consensuar a uno de los nuevos Jueces constitucionales, al renovar un tercio del Tribunal, se podrían acordar por consenso los cuatro, dando prioridad a la cualificación técnico-jurídica de los diversos candidatos y a otros datos diversos al de sus afinidades políticas, como puede ser el de la necesidad de sumar magistrados especialistas en las más relevantes ramas del Derecho. Al fin y al cabo nuestra misma clase política es capaz de consensuar con éxito, en el seno de los órganos de la Unión Europea las numerosas decisiones que periódicamente

Aunque este autor añade: «Y lo que probablemente ha resultado más criticable en nuestra experiencia reciente ha sido tanto el retraso como el escaso tacto con que los partidos mayoritarios han abordado los necesarios contactos para elaborar la propuesta parlamentaria (mezclar dichos contactos con el debate político sobre otras cuestiones, retrasos en la propuesta, etc.). Es probablemente en este plano de la puesta en práctica en donde se debería hacer un énfasis mayor para lograr un procedimiento escrupulosamente ajeno al debate político».

59. RUBIO LLORENTE, FRANCISCO: *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Ed. CEC, Madrid, 1993, p. 445.

60. FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO: «Comentario al Artículo 159», en *op. cit.*, pp. 91 a 94.

camente han de adoptarse por unanimidad nada menos que entre quince gobiernos. Afortunadamente, para los partidos españoles el consenso es algo hacedero.

Llegado el momento de cubrir vacantes, deben las principales fuerzas parlamentarias proponer y dialogar sobre nombres de posibles miembros, aceptando vetos recíprocos hacia los menos cualificados y/o los más vinculados con un partido, hasta decantar candidatos de prestigio suficiente como para que pudieran ser objeto de un respaldo generalizado; y, al tiempo, al descartarse a los más comprometidos con cada fuerza política, la elección convergía hacia nombres capaces de ser respaldados por todos. Ello conllevaría la consecuencia positiva de que en el seno del Tribunal Constitucional se formase un *equipo* de doce miembros con buena capacidad de dialogo interno y de trabajo en el seno del órgano colegiado que es tan alto Tribunal. El clima interno en el Tribunal —que hay que decir sin reservas que suele ser bueno, pues afortunadamente se trata de un órgano que nunca ha estado huérfano de las debidas dosis de homogeneidad— aún podría optimizarse y su prestigio y los frutos de su labor jurisdiccional también.

Nos negamos a concluir que en un sistema de partidos políticos como el nuestro pensar en consensos de mayor altura de miras sea una mera ilusión académica imposible de enraizar en los usos políticos. Una nueva convención constitucional que sustituyese el descrito *sistema de cuotas* por un auténtico método del mayor consenso posible no sólo sería caminar por la mejor senda constitucional, sino que a la par, supondría un cierto sacrificio al primer Gobierno que la promoviese; pero en el medio plazo, cuando cambiase la mayoría electoral, quedaría de manifiesto que la modificación no surtiría efectos a favor de una u otra fuerza política sino exclusivamente del alto órgano que en nuestro sistema político asume la capital función de ser el intérprete supremo de la Constitución.