

El Tribunal Constitucional. De la legitimidad de origen a la legitimidad de ejercicio

Sumario: RESUMEN.—ABSTRACT.—I. EL GARANTE DEL ORDEN CONSTITUCIONAL.—II. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.—III. LA POLITIZACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—IV. INTEGRACIÓN Y LEGITIMIDAD DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL; LA POLÉMICA DE SU NATURALEZA.—V. LA FUNCIÓN DE GARANTÍA COMO ELEMENTO CONDICIONANTE DEL SISTEMA DE INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—VI. INTEGRACIÓN E INDEPENDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—VII. FÓRMULAS NORMATIVAS DE INDEPENDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—VIII. ¿QUID CUSTODIET IPSOS CUSTODES? LA LEGITIMIDAD DE EJERCICIO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El Tribunal Constitucional fue concebido por la Constitución como un órgano de garantía de la Norma con la que se pretendía superar el modelo político del franquismo inaugurando un nuevo orden político, jurídico y social basado en una serie de valores y principios democráticos y liberales. En la aventura de asentar el nuevo modelo el Tribunal Constitucional asumía el papel de defensor de la esencia del nuevo orden, en una función de equilibrio entre sus propias competencias y las de los demás poderes llamados a desarrollar e interpretar las normas constitucionales.

En sus veintisiete años de existencia la actuación del Tribunal Constitucional ha sido objeto de valoraciones tanto positivas como negativas, pero han sido generalmente valoraciones de actuaciones concretas en supuestos específicos. La situación

★ Profesora titular de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid.

actual es que, en el periodo de los últimos tres o cuatro años, su prestigio se ha visto minado progresivamente hasta el punto de que se ha pasado de la crítica de decisiones concretas a cuestionar la misma funcionalidad del órgano y con ello su legitimidad.

La acusación de politización de las decisiones que adopta el Tribunal Constitucional está en la base del debate lo que nos lleva a reflexionar sobre la incidencia de la procedencia de los magistrados constitucionales en la naturaleza del órgano, así como a las causas funcionales o estructurales que han llevado a la actual situación de desprestigio con que se enfrenta el Tribunal Constitucional, y con él la garantía del Estado de Derecho.

PALABRAS CLAVE: Tribunal Constitucional, garantía del Estado de derecho, politización, legitimidad.

ABSTRACT

The Constitutional Court was conceived by the Constitution as an organ to guarantee the Norm with which the political model of the Franco's regime was trying to excel inaugurating a new political, juridical and social order based on a series of values and democratic and liberal principles. In the adventure of establishing the new model, the Constitutional Court assumed the role of defending the essence of the new order, within a balance between its own competences and those of other power aimed at the development and interpretation of the Constitutional norms.

In its twenty-seven years of existence the performance of the Constitutional Court has been assessed both positively and negatively. The evaluations have been mostly referred to precise performances of specific cases. But during the last three or four years the prestige of the organ has been progressively mined up to the point in which criticisms are no longer just referred to specific performances of the institution but they have ended up questioning the very functionality of the organ and hence, its legitimacy.

The Constitutional Court's latest decisions have been considered to be politically biased. Such circumstance lies upon the base of nowadays public debate about the role of the mentioned institution. This circumstance leads us to think about how the precedence of the Court's members affects the nature of the institution. It also raises the question about the functional and structural causes of the Constitutional Court current loss of prestige, which jeopardizes its role as guarantee of the Democratic State.

Title: The Constitutional Court from origin's legitimacy to function's legitimacy.

KEYWORDS: Constitutional court, guarantee of Democratic State, politicization, legitimacy.

I. EL GARANTE DEL ORDEN CONSTITUCIONAL

Hace más de tres años que se espera la sentencia con la que el Tribunal Constitucional debe resolver lo que sin duda es una serie de los más trascendentales recursos de inconstitucionalidad presentados en su sede; de la resolución sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña dependerá en buena parte la permanencia de la vigencia del modelo constitucional configurado por la Constitución de 1978. Desde que se interpusieron los siete recursos de inconstitucionalidad contra el citado Estatuto se han sucedido una serie de episodios de muy diversa naturaleza que afectan al Tribunal y, sobre todo, el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto una desconcertante pasividad a la hora de resolver la cuestión clave planteada. Como resultado de tal dilación se ha producido, y se sigue produciendo, un desarrollo exhaustivo de la norma recurrida que está consolidando una situación jurídica de hechos consumados de difícil, y puede que de imposible, reconducción. El resultado es que la situación creada, al margen de que cuando este artículo vea la luz pueda estar ya dictada la sentencia correspondiente, ha afectado ya a la credibilidad del Tribunal Constitucional, y con ello nos tememos que a su misma legitimidad.

La premura con que se reguló el Tribunal Constitucional configurado en el Título IX de la Constitución, además de la manifestada en el nombramiento de los primeros magistrados y el comienzo de su actividad, es reflejo de la percepción unánime que tenían las fuerzas políticas en relación con el significado del Tribunal Constitucional como garante del naciente modelo de orden constitucional que se quería instaurar en 1978. Con ello no se hacía más que responder a la que ha sido la tónica general de los tribunales constitucionales europeos, empezando por el austriaco de 1920 en el que Kelsen puso en marcha su sistema de justicia constitucional¹, nacidos en tiempos de crisis de los sistemas democráticos con la finalidad expresa de defensa de los principios liberales y democráticos encarnados en las constituciones frente a los embates de los nacentes regímenes totalitarios o autoritarios². Sin duda los constituyentes españoles valoraron de forma especial la necesidad de incluir en la Constitución instituciones capaces de afianzar el nuevo sistema democrático³ que se intentaba implantar tras la larga etapa de la dictadura siguiendo los modelos de justicia constitucional alemán e italiano, configurados en sus respectivas Constituciones tras la derrota del nacional socialismo y del fascismo después de la Segunda Guerra mundial.

1 KELSEN, Hans, *La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*. Revue de Droit Publique et de la Science Politique en France et à l'étranger, 1928, p. 197; *Esencia y valor de la democracia*, Labor, Barcelona, 1949, pp. 163 y 164.

2 CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pp. 36, 37 y 40.

3 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Civitas, Madrid, 1981, p. 185; RUBIO LLORENTE, Francisco, ARAGÓN REYES, Manuel, "La jurisdicción constitucional" en *La Constitución española de 1978* (dir. Predieri y García de Enterría). Civitas, Madrid, 1984, pp. 839 y 840.

La labor desarrollada por el Tribunal Constitucional ha tenido, como es lógico, sus luces y sus sombras; sus resoluciones, como las de cualquier órgano en las que se dirimen intereses enfrentados, no pueden ser siempre incontrovertidas y de hecho no son pocas las sentencias que han sido cuestionadas a lo largo de sus casi treinta años de actividad. Sin embargo, y al margen de polémicas puntuales suscitadas en torno a algunas sentencias concretas, resulta preocupante constatar que en los últimos cuatro o cinco años la apreciación de la actuación del Tribunal Constitucional se ha ido deteriorando y ya no se plantea sólo que una u otra sentencia pueda ser más o menos acertada y por supuesto cuestionada, lo que se está poniendo de manifiesto es la sospecha de politización de su actuación, sospecha que se ha trasladado de la actividad a la entidad del Tribunal.

La mención a la politización del Tribunal Constitucional no es algo nuevo; de hecho esta valoración, claramente peyorativa al aplicarla a un órgano jurisdiccional⁴, viene repitiéndose de forma más o menos sistemática desde poco después de que el Tribunal comenzase su actividad⁵. El problema es que desde hace unos años se ha incrementado su intensidad hasta límites insospechados en un deterioro *in crescendo* del prestigio del Tribunal. Podemos preguntarnos cuáles son las causas de la tensión que se detecta en relación con el órgano encargado de la justicia constitucional en España.

II. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

La dimensión política de la actividad del Tribunal Constitucional es incuestionable al ser consecuencia de la esencia de su función básica. Al margen de su función de garante de los derechos fundamentales por medio del recurso de amparo, e incluso de la que le corresponde como juez de los conflictos de competencia, tanto entre el Estado y las comunidades autónomas cuanto entre los órganos constitucionales del Estado, es su función como juez de la ley la que está en el origen de la justicia constitucional, nacida históricamente en torno al concepto de supremacía de la Constitución como fuente del derecho y que es la que, al margen de que pueda asumir otras competencias, da sentido a su existencia⁶. La articulación de un mecanismo jurisdiccional con el que asegurar aquella supremacía se centra en el control que los órganos que asumen la función ejercen sobre las normas jurídicas formalmente inferiores a la

4 ZAGREBELSKY, Gustavo, *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Trotta, Madrid, 2008, p. 37.

5 LUCAS VERDÚ, Pablo, "Política y Justicia constitucionales, consideraciones sobre la naturaleza y funciones del Tribunal Constitucional" en *El Tribunal Constitucional*, Tomo II. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, pp.1509 a 1520.

6 PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 919; GARCÍA MARTÍNEZ, M.^a Asunción, "La Ley Orgánica 6/2007 y el juez de la ley", *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*. N° 17, 2007, pp. 25 a 27.

constitución y convierte a las normas legales en el objeto directo sobre el que se articula la función de garantía de la norma constitucional. El mismo Tribunal Constitucional ha reiterado desde el comienzo de su actividad⁷ el sentido del control de constitucionalidad como referencia esencial de la función de la justicia constitucional, en el que la finalidad objetiva se impone a las subjetivas⁸ que pudieran estar en el origen de los procesos *ad hoc*.

La relación directa entre la Constitución y la ley adquiere pleno sentido en el Estado democrático de derecho, sustentado en la afirmación definitiva del principio de supremacía de la Constitución sobre el mismo poder legislativo, que por su propia configuración y naturaleza ha sido el más reacio a admitir algún tipo de control jurisdiccional; por ello la jurisdicción constitucional sólo adquiere significado cuando se inserta en los parámetros que delimitan el Estado constitucional y democrático⁹. Al configurarse el Tribunal Constitucional como juez de la ley, lo que en definitiva supone convertirse en el fiscalizador de la obra del legislador, se convierte en el órgano receptor de buena parte de los conflictos políticos que se suscitan en los órganos con potestad legislativa cuando el factor desencadenante es una norma de rango legal, conflictos que pueden detectarse entre las mayorías y las minorías parlamentarias o entre los órganos centrales del Estado y los autonómicos. La conexión entre el conflicto político, la función de la justicia constitucional y el principio democrático fue ya subrayada por Kelsen cuando afirmaba que “la esencia de la democracia no consiste en el dominio sin límites de la mayoría sino en un compromiso permanente entre los grupos del pueblo representados en el Parlamento por la mayoría y la minoría”; si el pacto falla, concluye el jurista vienés, las minorías tienen que tener un instrumento jurídico de defensa ajeno al Parlamento, que por definición está dominado por la mayoría¹⁰. La defensa de la democracia exige la articulación de mecanismos para impedir que una parte, aunque sea la mayoría, intente funcionar como totalidad¹¹.

La Constitución de 1978 configura el recurso de inconstitucionalidad como la articulación concreta para que aquellos conflictos se trasladen a una instancia ajena a las Cámaras, el Tribunal Constitucional, con el fin de que actúe como árbitro objetivando el desacuerdo y resolviéndolo en función de unos parámetros de cuya aplicación tiene que surgir la solución más conforme

7 SSTC 11/1981, de 20 de abril; 86/1982, de 23 de diciembre, entre otras.

8 Tanto en los recursos de amparo cuanto en los conflictos de competencias, la jurisprudencia constitucional ha subrayado que, junto a su función principal de resolución de un caso singular, existe una dimensión objetiva (la garantía del orden jurídico y observancia de la Constitución), que dan dimensión constitucional a aquellos procesos (SSTC 1/1981, de 26 de enero; 83/1982, de 22 de diciembre; 110/1983, de 29 de noviembre; 88/1989, de 11 de mayo, entre otras). En los procesos de control de constitucionalidad la finalidad objetiva es práctica y formalmente única, al margen de las motivaciones subjetivas de los recurrentes.

9 NOHLEN, Dieter, “Jurisdicción constitucional y consolidación de la democracia” en *Tribunales Constitucionales y democracia*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, México, 2008, pp. 12 a 20.

10 KELSEN, Hans, *Esencia y...* cit. p. 158; FAVOREU, Louis, *Los Tribunales Constitucionales*. Ariel, Barcelona, 1995, p. 8.

11 ZAGREBELSKY, Gustavo, *op. cit.* p. 101.

con los valores que sustentan el orden constitucional¹². El recurso de inconstitucionalidad (dejamos al margen la cuestión ya que su significado político no puede asimilarse al del recurso) se estructura como el instrumento procesal por medio del cual se canaliza jurisdiccionalmente el conflicto político; la regulación que de este recurso hacen tanto la Constitución como la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante LOTC), es fiel reflejo del sentido político del mismo. Por un lado, la legitimación activa para instar el recurso queda taxativamente reservada a una serie de instituciones (Presidente del Gobierno, cincuenta diputados, cincuenta senadores, Gobiernos y Asambleas legislativas de las Comunidades autónomas) de naturaleza política incuestionable (con la discutida excepción de la legitimación del Defensor del Pueblo), manteniéndose el mismo significado institucional y político en la legitimación pasiva, de la que incluso queda excluido el único órgano no político legitimado activamente, el Defensor del Pueblo.

La limitación temporal para la interposición del recurso que establece el artículo 33 LOTC es bien significativa; el plazo general de tres meses impide que el conflicto político que es causa del recurso se prolongue excesivamente, mientras que la ampliación del plazo a nueve meses previsto en el número 2 del citado precepto prima la posibilidad del acuerdo que pueda suscribirse en dicho plazo entre los órganos ejecutivos estatal y autonómicos sobre la apelación al Tribunal Constitucional.

La norma legal objeto de control no es una simple suma de elementos técnicos sino que es una legítima opción política concreta en la que se expresa un equilibrio determinado de las fuerzas democráticas representadas en el parlamento¹³; si ese equilibrio, que es siempre contingente y sujeto a la voluntad de los electores, no es respetado se quiebra el significado integrador de la función parlamentaria y se abre la posibilidad de acudir al Tribunal Constitucional para paliar, en lo posible, la imposición y preponderancia de las mayorías, siendo los mismos actores políticos los llamados a solicitar la intervención arbitral del Tribunal para solucionar con criterios jurídicos un conflicto de naturaleza estrictamente político¹⁴.

Esto supone que si el acuerdo que sustenta la ley es suficiente para garantizar la efectividad de la regulación legal que se propone¹⁵, la función reparadora del control de constitucionalidad se retrotrae a favor de la función política de la ley equilibrando las funciones del legislador y del Tribunal Constitucional¹⁶.

12 ZAGREBELSKY, Gustavo, *op. cit.* p. 11, vincula el origen del proceso de control con la resolución cuando afirma que “la función del Tribunal es política, pero al mismo tiempo no pertenece a la política”.

13 GARCÍA MARTÍNEZ, M.^a Asunción, *El control de constitucionalidad de las leyes*. Jurista Editores, Lima (Perú), 2005, pp. 164 a 166.

14 LANDA ARROYO, César, “Justicia constitucional y political questions”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 4, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 173 y ss.

15 FERRERES COMELLA, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 250 y ss.

16 GARCÍA MARTÍNEZ, M.^a Asunción, *El control... cit.* pp. 188 y 189.

Por supuesto la consecuencia es que el nivel de garantía aparentemente objetiva y aséptica que en ocasiones se atribuye al control de constitucionalidad instado por medio del recurso de inconstitucionalidad no es ni automático ni generalizado sino que depende de una voluntad que resulta ser directamente política, encuadrando así el control directo de constitucionalidad en el sistema de relaciones que tienen que articular las funciones del legislador y del Tribunal Constitucional.

En definitiva, la función del Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución y como garante del orden que se deriva de ella no se puede considerar de forma aislada sino en interrelación con los otros poderes públicos¹⁷, y específicamente con los dos poderes políticos, legislativo y ejecutivo, llamados por la misma Constitución a desarrollar sus mandatos en función de las distintas opciones políticas legítimamente preponderantes en virtud del respaldo electoral efectivo¹⁸. El respeto a los ámbitos competenciales de los respectivos poderes (normativo y de dirección política) y la garantía de que los márgenes de libertad y de discrecionalidad de que gozan en sus decisiones políticas no entren en contradicción abierta con los valores y principios que fundamentan el orden constitucional es la razón de ser del Tribunal Constitucional¹⁹.

Ahora bien, la estructura de esta fórmula de objetivación y abstracción del conflicto por la vía del control de constitucionalidad exige para funcionar de manera razonable que el órgano en cuyas manos se deposita la capacidad de resolverlo actúe con autonomía, independencia e imparcialidad, manteniendo un equilibrio exquisito por parte del Tribunal entre su propia competencia y las de los otros poderes constitucionales, ya que sólo estas notas pueden garantizar la objetividad de la resolución del conflicto.

III. LA POLITIZACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Como indicábamos al principio de este artículo, la realidad con que nos encontramos hoy en España es que se duda de manera creciente, o al menos se expresa la duda, de la imparcialidad de algunas de las decisiones del Tribunal Constitucional, e incluso de la de sus silencios y retrasos; lógicamente de la acusación de parcialidad y falta de razonabilidad de sus decisiones se pasa a la

17 ACOSTA SÁNCHEZ, José, *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*. Tecnos, Madrid, 1998, pp. 367 y ss. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *op. cit.* pp. 199 y 200; GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, Pedro J. *El Tribunal Constitucional*, Aranzadi, 2000, pp. 149 a 151; LANDA ARROYO, César, "Tribunal Constitucional y Poder Judicial: Una perspectiva desde el Derecho Procesal Constitucional", *Parlamento y Constitución*, nº 9, 2005, p. 10.

18 AJA, Eliseo; GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Eliseo Aja edit. Ariel, Barcelona, 1998, p. 262.

19 PRIETO SANCHÍS, Luis, "Notas sobre la interpretación constitucional", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 9, 1991, p. 177 y pp. 175-198.

sospecha de que toda la actuación del Tribunal responde a impulsos políticos, y en las duras palabras de Zagrebelsky "... la acusación más fuerte, infamante y deslegitimadora que puede hacerse a un tribunal constitucional... es la de actuar o haber actuado políticamente; acusación mucho más grave que la de equivocarse o haberse equivocado en una resolución"²⁰.

De alguna manera la mecha que ha hecho estallar la crisis que afecta al Tribunal ha sido la interposición hace más de tres años de los siete recursos de inconstitucionalidad contra el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña. Sin embargo hay que tener presente que, aunque se ha personificado en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña (evidentemente por ser el primero reformado y marcar la pauta para los siguientes) la causa de la encrucijada en que se encuentra el orden constitucional estructurado a partir de 1978, lo cierto es que no tiene dicho Estatuto la exclusiva de incidir en el modelo territorial y en la relación competencial entre el Estado y las comunidades autónomas ya que otras reformas estatutarias han seguido la estela del catalán. De forma singular nos vamos a referir someramente a la reforma del Estatuto de la Comunidad Valenciana (LO 1/2006, de 10 de abril) por haber sido objeto de la Sentencia 247/2007, de 12 de diciembre, en la que el Tribunal confirmó la constitucionalidad del Estatuto valenciano, si bien el hecho de que se formularan cinco votos particulares dejaron al Tribunal Constitucional en un situación ciertamente incómoda. La especialmente farragosa sentencia ha tenido una amplia repercusión entre los constitucionalistas al entender que en ella el Tribunal avala una auténtica mutación del modelo territorial basada en una nueva doctrina del Estado autonómico fundamentada en la desconstitucionalización del sistema competencial²¹. Sin entrar en detalles, la sentencia invierte prácticamente la relación constitucional entre el Estado y las Comunidades Autónomas respaldando la capacidad de éstas para asumir libremente competencias y reduciendo la capacidad del Estado en relación con el reparto competencial, con lo que "El Tribunal... acudiendo a su conocida teoría de que, como intérprete supremo de la Constitución (que lo es), le corresponde la permanente distinción entre poder constituyente y poder constituido, hace decir a la Constitución y a la norma estatutaria lo que no dicen"²².

El respaldo dado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia que comentamos a una nueva relectura de la Constitución que, contradiciendo su

20 ZAGREBELSKY, Gustavo, *op. cit.*, p. 37.

21 FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, *¿Hacia una nueva doctrina constitucional del Estado Autonómico? (Comentario a la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana)*, Cuadernos Civitas, Aranzadi, 2008, pp. 138 y 140.

22 ALVÁREZ CONDE, Enrique, "La inocentada navideña del TC", en el diario *ABC*, 3-01-2008, p. 3. El mismo significado de mutación se puede predicar de la regulación de los "derechos de las ciudadanas y de los ciudadanos valencianos" interpretados por el Tribunal Constitucional, para salvar la constitucionalidad de una declaración para la que la Comunidad Autónoma no tiene legitimidad constitucional, no como derechos sino como "mandatos"; desde el momento en que el destinatario de dichos mandatos son los poderes públicos, y de forma especial el Estado, el resultado es que a la postre se auspicia la capacidad del Estatuto para imponer el Estado una serie de obligaciones no previstas constitucionalmente.

jurisprudencia anterior, implica una mutación del modelo territorial²³ que supera los límites constitucionales y que supone, en primer lugar, que el Tribunal ha usurpado el lugar del constituyente y ha ignorado los límites en los que se encuadra su función de intérprete supremo de la Constitución. En segundo lugar, al articular una interpretación del Estado autonómico al margen de los límites constitucionales (por abiertos que éstos sean) ha asumido un papel político, que no le corresponde.

La mención a esta actuación concreta del Tribunal Constitucional nos sirve de excusa para entender que la acusación de politización responde a una actuación concreta (o una serie de actuaciones) del Tribunal que se valora como incongruente con su función constitucional y de la que se sospecha condicionantes externos (presiones, que sin duda las hay) y conveniencias (puede ser que convicciones) personales de los magistrados; la razón de la presunta politización se plantea así en dos frentes, a los que haremos referencia a lo largo de este artículo.

De todas formas la responsabilidad última de que el modelo constitucional no quede definitivamente desmembrado por una norma a la que la Constitución no reconoce fuerza ni capacidad para modificarla es del Tribunal Constitucional, y el hecho de que no se haya apresurado a resolver unos recursos de tal trascendencia política no colabora a afianzar su credibilidad. El amplio desarrollo normativo e institucional de que está siendo objeto el Estatuto catalán al amparo de la presunción de su constitucionalidad a lo largo de estos años de “dormición” del Tribunal Constitucional es de prácticamente imposible retroacción en el supuesto de que finalmente la sentencia declarase inconstitucionales los preceptos estatutarios que lo amparan, entre otras cosas porque las leyes autonómicas de desarrollo no han sido recurridas; la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos estatutarios desarrollados por ellas no implicaría la inconstitucionalidad de aquellas leyes que seguirían desarrollando su efecto normativo, y más si tenemos en cuenta que los plazos de impugnación por medio del recurso de inconstitucionalidad habrán caducado. La inseguridad de esta situación tampoco contribuye a generar confianza en el Tribunal.

23 DE ESTEBAN ALONSO, Jorge, “La Constitución devaluada”, diario *El Mundo*, 2-12-2008, pp. 4 y 5. Para el autor, el conflicto que plantean algunas de las reformas estatutarias parten de un problema anterior derivado de la regulación que los constituyentes dieron al Título X de la Constitución; la articulación de los dos procedimientos de reforma constitucional previstos en los artículos 167 y 168 han blindado el texto constitucional haciendo casi imposible su modificación; si a ello se suma la escasa voluntad política para abordarla, el resultado es una realidad en la que se mantiene un texto aprobado hace treinta años que no se ha adaptado en absoluto a una situación en la que ya no se dan los presupuestos de configuración *ex novo* de un sistema democrático que condicionaron entonces la regulación constitucional. El resultado de estos dos factores (rigidez excesiva y desidia política) es que buena parte de los preceptos constitucionales han devenido en obsoletos y se han quedado sin contenido (y en consecuencia sin aplicación posible), mientras que otros, ante la imposibilidad de su reforma formal, están siendo sustituidos *de facto* por medio de mutaciones. Aún reconociendo la desconexión de determinados aspectos del texto constitucional con la realidad política vigente, un mínimo pudor jurídico rechaza la posibilidad de que se modifique por la vía de mutación lo que configura el entramado sustantivo del orden constitucional; si se permitiera ya no estaríamos ante una mutación, que tiene el límite de los valores y principios constitucionales, sino ante un verdadero asalto a la Constitución.

Es comprensible que la complejidad de los recursos exija una consideración especial del tiempo necesario para resolverlos, pero ese cómputo no puede dilatarse hasta el punto en que se encuentra en la actualidad. Lo cierto es que hoy por hoy el Tribunal Constitucional ya ha vulnerado el principio de seguridad jurídica al no haber dictado sentencia en un tiempo razonable²⁴, más cuando la seguridad jurídica que exige el caso atañe a todo un sistema político, social y jurídico. Y los principios no se vulneran poco o mucho, se vulneran o no se vulneran.

Desde que se interpusieron los mencionados recursos de inconstitucionalidad contra el Estatuto catalán, norma propiciada y respaldada de forma expresa por el Gobierno de la Nación, se han sucedido de forma acumulativa una serie de episodios de índole distinta cuyo destinatario ha sido el Tribunal Constitucional. Del análisis de algunos de ellos se deduce que la responsabilidad de la delicada situación en que se encuentra el Tribunal Constitucional se reparte entre una serie de actores políticos (los factores externos) y el mismo Tribunal.

Acaso el supuesto más significativo es el episodio de las recusaciones de determinados magistrados presentadas tanto por el Gobierno cuanto por el principal partido de la oposición, el Partido Popular, cuyo resultado final ha sido conseguir alterar, aunque haya sido circunstancialmente, la composición del Tribunal al excluir a determinados magistrados de algunas resoluciones; sin duda las declaraciones oficiales de los recusantes han sido la defensa de la imparcialidad del Tribunal como motivación directa de las recusaciones, pero el efecto, y aún aceptando con buena voluntad tan loable objetivo, es que una serie de órganos e instituciones políticas han incidido de forma interesada en la autonomía del Tribunal.

Por supuesto que no es ilegítimo que los actores activos y pasivos en los recursos de inconstitucionalidad tengan un interés específico en que la norma recurrida sea declarada constitucional o inconstitucional; en definitiva, tal es el interés político que les ha llevado a interponer el recurso o a oponerse a él y la ingenuidad difícilmente puede llegar al punto de atribuirles sólo intereses altruistas de defensa objetiva de la Constitución, cuya existencia tampoco se niegan ya que son perfectamente compatibles con los políticos específicos. Lo que sin embargo sí resulta ilegítimo es la intención manipuladora sobre el Tribunal Constitucional y el uso indebido de institutos procesales en aras de aquellos intereses partidistas.

El episodio mencionado anteriormente de las recusaciones de magistrados pone de manifiesto que si bien es cierto que el Gobierno y las fuerzas políticas han querido manipular al Tribunal Constitucional, también lo es que éste ha dado toda la impresión de dejarse manipular; es significativa la secuencia temporal que media entre la interposición y la resolución de las recusaciones presentadas por el Gobierno y el Partido Popular contra una serie de magistrados

24 ALVÁREZ CONDE, Enrique, "Tempus regit actum", diario *ABC*, de 17-07-2009, p. 3.

en relación con un recurso de inconstitucionalidad presentado por dicho partido contra la LO 6/2007, de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. El Tribunal rechazó con evidente premura las recusaciones planteadas por el Partido Popular, resolviéndola antes que las interpuestas por el Gobierno pese a haber sido interpuestas con posterioridad; por el contrario, el auto en el que se estimaban las recusaciones planteadas por el Gobierno se retrasó más de cinco meses y se produjo tres días después de las elecciones generales de marzo de 2008. Sin entrar a valorar las razones en las que el Gobierno y el Partido Popular basaron las recusaciones ni los fundamentos de los autos respectivos, basta únicamente apreciar el ritmo con el que el Tribunal Constitucional hizo frente a ambas recusaciones para sembrar la duda de su objetividad: la celeridad en resolver, en su contra, la solicitud del partido de la oposición, la espera para resolver, a su favor, la del Gobierno hasta que se hubiesen celebrado las elecciones, con lo que ya se tenía constancia del resultado de las mismas y de la continuidad del Gobierno, son datos que inevitablemente producen la sensación de que el Tribunal ha utilizado los tiempos a favor de las soluciones más favorables para el Gobierno, y ello al margen de que las dos decisiones pudieran ser correctas. La sensación de falta de objetividad y de haber actuado en función de criterios políticos más que jurídicos puede no ser cierta, pero lo que sí es cierto es que la sensación existe y que es achacable al mismo Tribunal, al margen de que se pueda considerar la conveniencia de que los dos sujetos recurrentes se hubieran debido abstener para evitar poner al Tribunal Constitucional ante el dilema en cuestión.

La, digamos, “moraleja” de este episodio puesto a modo de ejemplo es doble. Por una parte, la pérdida de respeto al Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución; lo único que pretenden de él los actores políticos es que sus pronunciamientos en los procesos de control de constitucionalidad favorezcan los intereses políticos concretos de cada uno de los sujetos interesados en el mantenimiento, o no, de la norma cuestionada, al margen de su efectiva inconstitucionalidad, para lo que no dudan en incidir en la misma autonomía del órgano.

Por otra parte, la torpe actuación del Tribunal; la simple duda de que los magistrados hayan dejado de actuar como juristas para convertirse en políticos es letal para un órgano de las características del Tribunal Constitucional, y el simple hecho de que los medios de comunicación social cataloguen a los magistrados como “progresistas” o “conservadores” pone en evidencia el deterioro que se ha producido en la valoración de la actuación del Tribunal. Teniendo en cuenta que estamos hablando de un órgano clave para la garantía del sistema constitucional, su crisis resulta especialmente peligrosa en relación con su función de juez de la ley y garante del orden constitucional.

Un órgano con la delicada función arbitral y de control que asume el Tribunal Constitucional tiene la obligación de tener la sensibilidad, no sólo jurídica sino también política, de valorar la incidencia y la proyección que tendrán tanto sus decisiones cuanto la forma y el momento en que las adopta y, si es necesario, tendrá que tener en cuenta la correlación de su actuación

con el momento político concreto. Es necesario valorar el hecho de que el Tribunal Constitucional, pese a su denominación, no es un tribunal al uso, asimilable a los tribunales integrados en el Poder Judicial; su función no está condicionada por el sometimiento a la norma legal (que es su objeto) sino a la norma constitucional, norma abierta por definición a su concreción política. La naturaleza de la norma cuya garantía asume, que no es una naturaleza legal, exige del Tribunal Constitucional una finura especial es su actuación jurisdiccional.

En definitiva, las actuaciones tanto de los actores políticos como del Tribunal Constitucional han contribuido a crear un clima de recelo sobre la objetividad de las resoluciones de éste, aunque conviene tener en cuenta que la acusación de politización del Tribunal tuvo un punto de partida, probablemente injusto, en la vinculación que se ha querido ver con el sistema de integración diseñado por el artículo 159.1 de la Constitución.

IV. INTEGRACIÓN Y LEGITIMIDAD DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL; LA POLÉMICA DE SU NATURALEZA

El procedimiento de integración de un órgano está directamente relacionado con su funcionalidad y naturaleza respecto del propio sistema constitucional. No es por ello extraño que el mecanismo de integración del Tribunal Constitucional haya sido objeto de especial atención y en ocasiones de crítica, sobre todo cuando, sin comprender la distinta naturaleza de sus funciones respectivas, se ha querido identificar al Tribunal Constitucional con los tribunales ordinarios; partiendo de tal identificación errónea no podría menos que llamar la atención la existencia de dos fórmulas de integración tan dispares.

La polémica sobre la naturaleza, jurisdiccional o política, del Tribunal Constitucional surgió ya con su implantación en la Constitución austriaca de 1920. La peculiaridad de la función y la procedencia de los magistrados abonaron todo tipo de disertaciones, lo que no es de extrañar cuando el mismo creador del sistema europeo de justicia constitucional mantuvo una posición ambigua respecto a su carácter de órgano legislador o jurisdiccional; aunque Kelsen reconoce que la función del Tribunal Constitucional es jurisdiccional, identifica esta función con el contenido de la función legislativa en la que percibe una doble dimensión, la positiva encomendada al legislador y la negativa en la que es competente el Tribunal Constitucional²⁵. La evolución que se ha registrado en las resoluciones de los Tribunales Constitucionales permite constatar la superación de la consideración de legislador negativo que les atribuyó el jurista vienés para pasar a ser, en aquellas sentencias que suponen la incorporación al

25 KELSEN, Hans, *La garantie... cit.*, p. 226; *Teoría general del Derecho y del Estado*. Fondo de Cultura Económica, México, 1949, pp. 317 y 318.

ordenamiento jurídico de una norma nueva, legisladores positivos²⁶ y auténticas fuentes de derecho²⁷.

La Constitución española optó por un modelo de integración del Tribunal Constitucional que se basa en la vinculación de la designación de sus miembros a órganos políticos de naturaleza representativa, básicamente el gobierno (dos) y las cámaras (cuatro por el Congreso de los Diputados y cuatro por el Senado), a los que hay que añadir los dos magistrados designados por el Consejo General del Poder Judicial. El sistema adoptado es el común a los tribunales constitucionales, y específicamente a los europeos, y así, a modo de ejemplo y en relación con los dos modelos que más han influido en la configuración de nuestro Tribunal Constitucional, se puede señalar que los quince miembros de la Corte Constitucional italiana se eligen por terceras partes por el Presidente de la República, las dos Cámaras en sesión conjunta y por las Magistraturas Judiciales supremas, ordinaria y administrativa, siendo elegidos los dieciséis jueces del Tribunal Constitucional alemán por cada una de las Cámaras legislativas, mitad por mitad²⁸. El mismo tenor, con alguna variante, siguen los tribunales constitucionales de Bélgica, Portugal, Suiza, etc.

La fórmula de integración del Tribunal Constitucional ha tenido una suerte ambivalente: por una parte ha servido para justificar una especie de legitimación democrática, aunque sea indirecta; por otra parte, y con un sentido radicalmente distinto, se ha utilizado como uno de los elementos sobre el que se ha fundamentado la acusación de politización del Tribunal Constitucional, vinculado desde su origen a órganos de significado netamente político y partidista. Valoremos cada uno de los dos aspectos.

Sin duda la forma de integración del Tribunal Constitucional aparece vinculada a su legitimidad, y muy específicamente a su legitimidad como juez de la ley, es decir, como controlador de la obra normativa del órgano del Estado que asume la máxima representación democrática de la comunidad. La legitimidad de origen del Tribunal Constitucional ha sido, y sigue siendo, un pesado fardo que emerge periódicamente, su “pecado de origen”²⁹, y no han sido pocos los autores que han querido buscar algún tipo de legitimación democrática³⁰ en la vinculación del Tribunal Constitucional con el órgano parlamentario que designa, al menos, a parte de sus magistrados, lo que le revestiría de cierta legitimidad democrática, aunque fuese indirecta o secundaria. Por otra parte la repercusión que tienen las decisiones del Tribunal sobre el ordenamiento

26 AJA, Eliseo, GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, *cit.* pp. 258 y 259.

27 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La Justicia constitucional europea ante el siglo XXI*. Tecnos, Madrid, 2007, p. 155; BARAK, Aharón, *Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un Tribunal Constitucional en una democracia*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2008, p. XVI.

28 MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, “El Tribunal Constitucional Federal alemán” en *El Tribunal Constitucional*, Tomo I. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, pp. 1551 y ss.

29 GÓMEZ CORONA, Esperanza, *Las Cortes Generales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2008, p. 35.

30 Una visión general de la cuestión en CAPPELLETTI, Mauro, “El “formidable problema” del control judicial y la contribución del análisis comparado”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 13, 1980, pp. 61 a 103.

jurídico, especialmente las sentencias de inconstitucionalidad, han llevado a denunciar, tanto por algún jurista como por ciertos políticos, la subordinación del parlamento, órgano del Estado que incorpora el máximo nivel de representación de la comunidad y que por ello está dotado de una legitimidad democrática directa, al Tribunal Constitucional que carece en definitiva de aquella legitimidad, cuestionando de forma especial la capacidad del Tribunal para pronunciarse en contra de una norma legal ratificada en referéndum.

En este último supuesto se encuentra el ya mencionado Estatuto de Autonomía de Cataluña. La falta de legitimidad del Tribunal Constitucional para controlar su constitucionalidad se ha querido fundamentar en su naturaleza de norma pactada entre el Estado y la Comunidad Autónoma, ratificada en referéndum por la Comunidad de la misma; en consecuencia, se afirma, ratificado el pacto su contenido es intocable y sólo podrá ser revisado por los entes intervinientes en su aprobación (Cortes Generales, Asamblea autonómica, cuerpo electoral de la Comunidad), sin que el Tribunal Constitucional pueda asumir ninguna función ni de control ni de reforma³¹.

El argumento dota a los estatutos de una naturaleza jurídica equiparable a la Constitución y sustrae, en condiciones de igualdad, a las dos normas de la posibilidad de ser recurridas negando la competencia del Tribunal Constitucional para el control de constitucionalidad de los estatutos. Por supuesto, el punto de partida del argumento es falso. Ciertamente la Constitución y los estatutos son normas pactadas pero no pueden equipararse ni la naturaleza ni el significado de los pactos que las sustentan. El pacto constituyente es el pacto de creación de un modelo de Estado suscrito por la comunidad nacional; el estatuto deriva del reconocimiento constitucional del pacto entre el Estado y la comunidad autónoma, cuyo derecho a la autonomía no procede de sí misma sino de su reconocimiento constitucional, y de la ratificación del pacto por una comunidad local. La naturaleza jurídica y política de ambos pactos no puede ser más diferente.

La configuración del Tribunal Constitucional en la Constitución es precisamente la expresión de la idea del Estado que el constituyente ha querido plasmar en la Constitución, de un Estado democrático de derecho en el que sus poderes están limitados y controlados por medio de una serie de mecanismos³², entre los que el Tribunal Constitucional asume el de ser intérprete supremo de la Constitución de todas las normas por debajo de ella (incluidos los estatutos de autonomía).

Al margen de la intencionalidad política concreta de algunos de estos argumentos, lo que traslucen es, a nuestro juicio, una confusión entre legitimidad democrática y representación. La configuración de un sistema político como democrático no implica que la legitimidad de todos los órganos que lo integran tenga que basarse en su carácter representativo, ni que dicho carácter sea

31 PÉREZ ROYO, Javier, "Pacto de inserción", diario *El País*, 19-09-2009, p. 17.

32 GARCÍA PELAYO, Manuel, "El status del Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 1, 1981, pp. 13 y 14.

una especie de patente de corso que impida que aquellos órganos puedan tener algún tipo de limitación y de control en su actuación. La legitimidad, tanto de los órganos representativos como de los configurados en torno a otros criterios (competencia, capacidad técnica y profesional, etc.) reside en el texto constitucional fruto del pacto de comunidad que parte del principio de libertad en la configuración de la estructura del sistema político y de los órganos en los que éste se articula. Consideramos, pues, innecesario el intento de fundamentar una hipotética legitimidad representativa indirecta del Tribunal Constitucional en la designación de sus magistrados (o de parte de ellos) por órganos representativos. La legitimidad del Tribunal Constitucional como institución democrática se basa estrictamente en su configuración como órgano constitucional³³ al que la Constitución encomienda una función estatal precisa³⁴, de manera que las razones que justifican la vinculación de su integración a los órganos representativos del Estado habrá que buscarlas en otros ámbitos, como veremos posteriormente.

Por otra parte la vinculación de la designación de los magistrados constitucionales a órganos políticos ha sido valorada, con no poca frecuencia, como la causa de la politización del Tribunal al estimar que aquel procedimiento de integración afecta tanto a la independencia cuanto a la judicialidad del órgano en cuestión. Al vincular la Constitución al Tribunal con los órganos parlamentario y ejecutivo fundamentalmente, se argumenta, no sólo se pone una sombra de duda en la posibilidad de una independencia real respecto de las fuerzas políticas presentes en las Cámaras y el Gobierno, sino que además se afecta la judicialidad del Tribunal al no impedir que sus decisiones puedan ser interpretadas como decisiones políticas en lugar de cómo decisiones jurídicas; se intenta salvar el obstáculo propugnando una mayor vinculación de la designación de los magistrados del Tribunal Constitucional al Poder Judicial (incluyendo la fórmula de ampliar el número de magistrados designados por el Consejo General del Poder Judicial), incluso sin quebrar la primacía de la intervención parlamentaria³⁵.

De la misma manera que entendemos que la elección de los magistrados constitucionales por los órganos representativos no convierte al Tribunal Constitucional en un órgano representativo, ni siquiera indirectamente, mantenemos que la naturaleza jurisdiccional del Tribunal Constitucional no depende de la asimilación del método de su designación con los empleados para integrar el Poder Judicial. En primer lugar porque siendo éstos plurales y de muy diverso significado no pueden ofrecer un modelo unívoco que revista necesariamente de carácter jurisdiccional al órgano designado de igual manera, a lo que hay que añadir que, integrando el Tribunal Constitucional una jurisdic-

33 CRUZ VILLALÓN, Pedro, "Nota: legitimidad de la Jurisdicción Constitucional y el principio de mayoría" *La curiosidad del jurista persa y otros estudios de la Constitución*; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 535 a 540.

34 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *op. cit.* p. 185.

35 OLLERO, Carlos, *Derecho y Teoría política en el proceso constituyente español*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, pp. 146, 147, 191 a 194.

dición especial³⁶, no es necesariamente la designación de sus miembros por el Poder Judicial o por las fórmulas de integración válidas para este poder lo que le confiere las notas de independencia y de judicialidad. Ni la naturaleza judicial del Tribunal Constitucional se deriva de la del Poder Judicial, ni su hipotética naturaleza política se deduce de la de la institución parlamentaria, sino que una y otra tienen que encontrar su referencia directa en la regulación que hacen tanto la Constitución como la LOTC de la función y actividad del Tribunal Constitucional.

Nuestro interés se centra, en consecuencia, en valorar la opción del artículo 159.1 CE de vincular directamente la composición del Tribunal a órganos sustancialmente políticos, sujetos en consecuencia a los avatares políticos y a los cambiantes juegos de las mayorías parlamentarias, no desde el punto de vista de la legitimidad de origen o de la judicialidad del órgano sino desde el de su funcionalidad, lo que a la postre se transformará en su legitimidad de ejercicio.

V. LA FUNCIÓN DE GARANTÍA COMO ELEMENTO CONDICIONANTE DEL SISTEMA DE INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional español se configura en la órbita de los tribunales constitucionales europeos en los que, a diferencia del modelo de justicia constitucional norteamericano, se ha optado siempre por configurar a estos órganos con un carácter (que no naturaleza) decididamente político en cuanto a su procedencia. Desechado que su integración vinculada a órganos representativos se sustente en la necesidad de dotarle de una legitimidad democrática secundaria, entendemos que la razón de esta fórmula de designación de los magistrados tiene una estrecha conexión con la función que tiene encomendada el Tribunal Constitucional: la garantía del orden constitucional. En aras de esta función, la actividad enjuiciadora del Tribunal tiene un parámetro inequívoco, la Constitución. La naturaleza de norma jurídica de la Constitución que incorpora el grado más alto del consenso político y social no se contradice con la afirmación de que se trata de la norma jurídica de mayor contenido político del ordenamiento; toda norma jurídica traduce de alguna manera, más o menos directa y más o menos implícita, un sistema de valores jurídicos y metajurídicos, pero la singularidad de la norma constitucional es que su función es precisamente explicitar de forma concreta ese sistema de valores, siendo la labor de la justicia constitucional la de salvaguardar no ya el texto formal sino también los elementos valorativos que contiene la Constitución respecto del resto del ordenamiento para garantizar la supremacía de aquellos

36 Incluso en los casos en los que el Tribunal Constitucional se integra en el Poder Judicial, como en Alemania, el procedimiento de integración del órgano difiere de la de los demás órganos jurisdiccionales.

valores constitucionales, que no son siempre estrictamente jurídicos sino que con frecuencia responden a valoraciones metajurídicas.

La labor de positivar e interpretar aquellos valores constitucionales no es exclusiva del Tribunal Constitucional, sino que se extiende a todos los poderes públicos “sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico” (art. 9.1 CE). La condición de “intérprete supremo de la Constitución” que tiene el Tribunal Constitucional (art. 1.1 LOTC) no supone que sea el único intérprete de la norma suprema, de manera que la función de interpretación la comparte con los otros poderes del Estado, cada uno en el ámbito de competencia que la misma Constitución les atribuye. Tales ámbitos quedan claramente delimitados. Los órganos estrictamente políticos y de carácter representativo, parlamento y gobierno, asumen la aplicación e interpretación política de la norma constitucional, que en consonancia con la naturaleza de norma abierta que tienen las constituciones democráticas se vinculará a las mayorías variables legitimadas por el respaldo electoral; cualquier otra posibilidad sería contraria a los principios democrático y de pluralismo que afirma la misma Constitución. La interpretación política de la Constitución presupone la libertad de decisión del legislador respecto de las posibles interpretaciones que admite el marco constitucionalmente definido, interpretaciones políticas diversas y legítimas en la medida en que los enunciados constitucionales tienen el suficiente grado de abstracción como para encuadrar en sus valores el principio pluralista³⁷.

La garantía del orden constitucional que compete también a los órganos del poder judicial deriva de la conexión necesaria entre la aplicación e interpretación de las normas del ordenamiento jurídico que realicen en su función jurisdiccional con el orden jurídico constitucionalmente consagrado; este sentido sistémico del ordenamiento jurídico, que le da sentido unitario por encima de la división concreta de materias jurídicas, ha sido recogido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que en la STC 50/1984, de 5 de abril, afirma que “la distinción entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria no puede ser establecida, como a veces se hace, refiriendo la primera “al plano de la constitucionalidad” y la jurisdicción ordinaria al de la “simple legalidad”, pues la unidad del ordenamiento y la supremacía de la Constitución no tolera la consideración de ambos planos como si fueran mundos distintos e incommunicables” (FJ 3º).

¿Qué función específica tiene el Tribunal Constitucional entre esta pluralidad de intérpretes de la Constitución y de constructores del orden constitucional?. Es simplemente, lo que no es poco, el custodio de que la actuación concreta de los demás poderes del Estado, que legítimamente interpretan y aplican la norma constitucional, no rebase los límites que los valores y principios consensuados por todos, consagrados en la Constitución e incorporados al sistema político, jurídico y social derivado de aquella. En otras palabras, es el custodio, por mandato de la Constitución, es decir del poder constituyente,

37 RUBIO LLORENTE, Francisco, en el Prólogo del libro de ALONSO GARCÍA, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. XXIII.

del modelo político querido por ese poder constituyente frente a su posible desvirtuación por los poderes constituidos.

La gran mayoría de los recursos que se presentan al Tribunal son recursos de amparo sustentados en la denuncia de una violación de derechos subjetivos; aunque tales recursos tienen una dimensión constitucional vinculada a la condición de derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, lo cierto es que en estos procesos predomina su carácter de garantía del derecho subjetivo frente a su dimensión pública, lo que justifica que la función de amparo se encomiende en algunos sistemas a los órganos jurisdiccionales ordinarios y que, en cualquier caso, sea compartida por la justicia ordinaria y la constitucional. Configurado el proceso de amparo como un proceso en buena parte asimilable a los procesos ordinarios y desprovisto por ello de una carga política significativa (aunque, por supuesto, siempre cabe encontrar excepciones), no parece que la composición del Tribunal Constitucional suscite una problemática especial; los conflictos, algunos muy sonados, que en ocasiones han suscitado las sentencias de amparo se han circunscrito a los órganos jurisdiccionales, concretamente al Tribunal Supremo, y se han basado en la apreciación por parte de éste de una invasión de su propio ámbito de competencias por parte del Tribunal Constitucional. En realidad estos conflictos no tienen solución procesal directa³⁸ y se han manifestado en tensiones públicas, en absoluto beneficiosas para ninguno de los dos órganos, pero en las que no existe una dimensión política específica.

El problema real que se plantea en relación con la composición del Tribunal Constitucional y su proyección en su debatida naturaleza, y en consecuencia con su actuación concreta, se suscita cuando se aborda dicha actuación en los procesos constitucionales en los que la dimensión política es evidente e inmediata, es decir básicamente en los procesos de control de constitucionalidad (sobre todo los derivados del recurso de inconstitucionalidad) y en los de conflictos de competencias. Nos encontramos, pues, con conflictos de naturaleza política que se pretenden juridificar canalizándolos en una jurisdicción, la constitucional, cuya finalidad específica es superar aquella politización sobre la base de su resolución por medio de criterios jurídicos; así lo asume el Tribunal Constitucional cuando, a modo de ejemplo y entre otras, en su STC 94/1985, de 29 de julio, refiriéndose al conflicto de competencias del que trae causa la sentencia, afirma que “el Gobierno vasco afirma, igualmente, que el presente no es un conflicto jurídico, sino político. Ahora bien, en el hecho de que en la base de este conflicto, como en general de todos los que se suscitan entre los órganos legitimados para promoverlos, existan razones o motivaciones de índole o naturaleza política, no desvirtúa en absoluto el carácter jurídico de

38 La única ocasión en que el Tribunal Supremo se ha pronunciado respecto del Tribunal Constitucional ha sido en la Sentencia 51/2004, de 23 de enero, de la Sala de lo Civil, en la que, en respuesta a una acción de responsabilidad civil contra los Magistrados del Tribunal Constitucional que inadmitieron un recurso de amparo, se pronunció en el sentido de apreciar dicha responsabilidad, condenando a los Magistrados a una indemnización.

los mismos, siempre que reúnan, como sucede en el caso que nos ocupa, los requisitos de admisibilidad legalmente establecidos” (FJ 4).

La función del Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución es una función de apreciación y valoración de los límites que tienen los otros poderes públicos en el desarrollo de sus respectivas competencias de interpretación política; la cuestión es que el peso más significativo de esos límites radica en los ámbitos de libertad y discrecionalidad de que gozan los órganos políticos en el ejercicio de sus funciones, lo que de alguna manera sustenta la opción de que la integración del Tribunal Constitucional se vincule a los órganos constitucionales llamados a concretar y desarrollar normativamente los valores constitucionales³⁹ como fórmula de conexión del Tribunal Constitucional con las instituciones llamadas a efectuar la interpretación política de cuyos límites es garante el Tribunal. Cuestión distinta es que esa conexión no suponga subordinación ni que atente a la independencia del Tribunal, cuestión que exige una regulación específica además de una voluntad concreta del mismo Tribunal; posteriormente volveremos sobre ello.

Ni la procedencia del Tribunal Constitucional ni las características singulares de la función que le atribuye la Constitución desvirtúan en principio la naturaleza de órgano jurisdiccional que tiene este Tribunal. Las competencias que integran aquella función, configurada como judicialización de la garantía del sistema constitucional, se actúan a través de procedimientos estrictamente judiciales articulados sobre el esquema pretensión-satisfacción que constituye la estructura básica del proceso. El método de actuación del Tribunal Constitucional típicamente procesal, de dar una satisfacción a una pretensión sobre la base de razonamientos jurídicamente fundados, no se desvirtúa por el hecho de que algunas de estas pretensiones constitucionales, y muy específicamente las que abren los procesos de inconstitucionalidad, recaigan sobre normas y no sobre hechos⁴⁰; la acomodación de unos hechos a derecho, hilo conductor del razonamiento jurídico, no es la única materia del mismo, que puede aplicarse con igual virtualidad a la acomodación de normas jurídicas al ordenamiento constitucional.

La afirmación de la naturaleza jurisdiccional del Tribunal Constitucional⁴¹ no empece la realidad de su carácter político, que en principio deriva, como hemos indicado, no tanto de su composición cuanto de la singularidad de su función⁴². Sus decisiones afectan necesariamente al orden político, de tal

39 CASCAJO CASTRO, José Luis; GIMENO SENDRA, Vicente, *El recurso de amparo*. Tecnos, Madrid, 1984, pp. 19 y 29. LUCAS VERDÚ, Pablo, *op. cit.* p.1501. LEIBHOLZ, Gerhard, *El Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana y el problema de la apreciación judicial de la política*. Revista de Estudios Políticos, nº 146, 1966, pp. 93 y 94.

40 GONZÁLEZ-DELEITO DOMINGO, Nicolás, *Tribunales Constitucionales. Organización y funcionamiento*. Tecnos, Madrid, 1980, pp. 17 y 18.

41 OTTO Y PARDO, Ignacio de, “La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional” en *El Tribunal Constitucional*, Tomo III. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, pp.1935 y ss. MARÍN, José Ángel, *La naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional*. Ariel, Barcelona, 1998, pp. 107 a 110.

42 LUCAS VERDÚ, Pablo, *op. cit.* pp. 1438 y ss.

manera que no cabe imaginar que un Tribunal Constitucional pueda actuar al margen de aquél, ni que lo haga sin valorar los factores políticos en juego⁴³. Esta “actuación política del Tribunal Constitucional” ha planteado en la doctrina una serie de reflexiones no tanto sobre la realidad de la incidencia política de la justicia constitucional, que no es posible discutir, sino sobre “cómo” inciden estos tribunales en la vida política. En definitiva, “la función del Tribunal es política, pero al mismo tiempo no pertenece a la política”⁴⁴.

VI. INTEGRACIÓN E INDEPENDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Dado que la fórmula de integración del Tribunal Constitucional que establece el artículo 159.1 CE no supone ninguna anomalía respecto de los mecanismos que con este fin podemos encontrar en el derecho comparado, y que, por otra parte, la razón que justifica este sistema de designación de los magistrados radica en la misma función del órgano en cuestión, parece necesario considerar si la articulación concreta del sistema de designación que hace la normativa española garantiza la independencia y desvinculación de los miembros del Tribunal respecto de los órganos encargados de la misma.

Al margen de los dos magistrados que corresponde elegir al Gobierno (vinculados evidentemente a su voluntad política, lógicamente partidista, de forma exclusiva) y de los dos que corresponde designar al Consejo General del Poder Judicial (cuyos vocales son designados por el Congreso de los Diputados y el Senado, de manera que en este órgano se incorporan los mismos equilibrios mayoría-minoría existentes en las Cámaras), la fórmula más significativa de designación es la que se articula en relación con los ocho magistrados que tienen que ser elegidos por el Congreso de los Diputados y por el Senado. La exigencia de una mayoría cualificada de tres quintos en cada una de las Cámaras parecería asegurar que los magistrados constitucionales serían designados en función de un acuerdo significativo entre los grupos parlamentarios de cada una de las Cámaras, acuerdo que produciría el resultado de no vincularles de forma necesaria con la voluntad de uno u otro partido político.

La realidad es muy distinta; en unas Cámaras dominadas por los partidos políticos la exigencia de la mayoría cualificada se ha traducido en la designación de los magistrados en función de cuotas establecidas por los partidos mayoritarios. El procedimiento parlamentario específico que articulan los artículos 204 del Reglamento del Congreso de los Diputados (en adelante, RC) y 184 del Reglamento del Senado (en adelante, RS) se basa, en definitiva, en la presentación de un número concreto de candidatos por cada uno de los grupos parlamentarios, decidiendo posteriormente el Pleno de la Cámara respectiva

43 LEIBHOLZ, Gerhard, *op. cit.* p. 93.

44 ZAGREBELSKY, Gustavo, *op. cit.*, p. 11.

de entre aquellos candidatos los que formarán parte del Tribunal, siempre que hayan conseguido la mayoría exigida por la Constitución. La práctica del sistema ha sacado de hecho del ámbito parlamentario la selección de los candidatos que se realiza en negociación previa entre los partidos políticos mayoritarios atendiendo al cupo que corresponde a cada uno según su posición política en la Cámara, cupos que normalmente se traducen en la propuesta por cada uno de los dos partidos de sus propios candidatos, más uno de cada cuota por consenso. La vinculación, si no jurídica sí real, entre partidos y grupos parlamentarios hace que la pieza clave del sistema de designación de los candidatos al Tribunal Constitucional sea la negociación previa y no la mayoría cualificada exigida, que se convierte en un simple cálculo aritmético. Por ello no creemos efectiva la propuesta que se ha hecho en alguna ocasión de elevar la mayoría exigida para que puedan prosperar los nombramientos que corresponden a las cámaras parlamentarias⁴⁵ ya que la razón del sistema de cupos está en la misma estructura de dichas cámaras y no en la mayoría concreta exigida.

La Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, que incorpora la última modificación de la LOTC, ha incidido de forma significativa en el procedimiento de integración del Tribunal Constitucional. El artículo 16.1 de la nueva ley orgánica no altera la designación de los magistrados que corresponden designar al Gobierno y al Consejo General del Poder Judicial, pero sí aporta modificaciones de alcance distinto en la designación que corresponde a las Cámaras.

La primera novedad, que es la menos significativa *de facto*, impone la obligación de comparecencia previa de los candidatos propuestos por el Congreso y por el Senado “ante las correspondientes Comisiones en los términos que dispongan los respectivos Reglamentos” (art. 16.2). En el primer proyecto de la Ley Orgánica que comentamos se incluía también la comparecencia ante el Congreso de los Diputados de los candidatos propuestos por el Gobierno y por el Consejo General del Poder Judicial; la versión definitiva del precepto ha eliminado esta exigencia manteniéndola sólo en relación con los candidatos de las Cámaras, que en definitiva son las responsables de la idoneidad de sus candidatos, lo que no sucede en los otros dos casos. Sin duda la fórmula adoptada en la nueva regulación debe mucho al modelo norteamericano de comparecencia de los candidatos a ciertos cargos públicos (concretamente los miembros del Tribunal Supremo, entre otros) ante las comisiones del Congreso, si bien la estructura y la articulación de su actividad de los órganos legislativos en el sistema presidencial norteamericano y en el parlamentario español difieren en sus principios básicos de una manera tan sustancial que difícilmente puede dotarse del mismo significado a unas y otras comparecencias.

La comparecencia ante las comisiones parlamentarias estaba ya prevista en el Senado cuyo Reglamento (artículo 185.3 y 4) establece la comisión competente (la Comisión de Nombramientos); en el Congreso la redacción del artículo 204 RC, que regula de una forma mucho más somera el procedimiento de

45 OLLERO, Carlos, *op. cit.* pp. 191 a 194.

designación de los magistrados del Tribunal Constitucional, no hacía alusión a aquella posibilidad que ahora se convierte en necesaria. No creemos, sin embargo, que la obligatoriedad de la comparecencia previa vaya a evitar el efecto de los cupos de reparto entre los partidos políticos mayoritarios, que parece ser una de las causas de la indeseable sensación de que se perciba al Tribunal Constitucional como un órgano politizado desde su origen. La exigua praxis de este tipo de comparecencias en el ámbito parlamentario español y el ejemplo de la comparecencia de los últimos candidatos a integrar el nuevo Consejo General del Poder Judicial, modelo de complacencia acrítica de los parlamentarios con los candidatos previamente pactados por los partidos políticos, hacen que no se puedan sustentar demasiadas esperanzas en que este requisito tenga algún significado relevante en relación con la selección de los candidatos a magistrados del Tribunal Constitucional.

El segundo párrafo que se agrega al apartado 1 del artículo 16 de la LO 6/2007 tiene mucha más enjundia. En él se vincula la propuesta del Senado a los candidatos presentados por las asambleas legislativas de las comunidades autónomas, lo que en definitiva supone una alteración sustancial de la anterior LOTC, del Reglamento del Senado y, creemos, del mismo artículo 159.1 de la Constitución.

La modificación del sistema viene condicionada por el artículo 180 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (LO 6/2006, de 19 de julio) que asigna a la Generalitat la competencia de participar en la designación de los magistrados del Tribunal Constitucional “en los términos que dispongan las leyes o, en su caso, el ordenamiento parlamentario”. Con este precepto, aprobado por las Cortes Generales y que goza de presunción de constitucionalidad en tanto que el Tribunal Constitucional no se pronuncie en sentido contrario, se altera el esquema competencial entre el Estado y Cataluña en relación con un órgano constitucional al asignarse la Comunidad autónoma una competencia específica respecto al Tribunal. El artículo 16.1 de la LO 6/2007 ha generalizado para todas las comunidades autónomas, como en realidad no podía ser de otro modo, la previsión singular del nuevo Estatuto catalán, especificando el órgano autonómico (las Asambleas legislativas) al que corresponderá efectuar la selección de los candidatos a magistrados del Tribunal Constitucional.

En desarrollo de la nueva redacción del precepto de la LOTC que comentamos son varias las comunidades autónomas que han incorporado a los reglamentos de sus respectivas asambleas legislativas el procedimiento de designación de sus candidatos, y de igual manera el artículo 184 del Reglamento del Senado ha sido modificado por el Pleno de la Cámara el 21 de noviembre de 2007 añadiendo un apartado 7 al citado precepto. La nueva regulación del procedimiento de designación de los magistrados constitucionales parte del comunicado del Presidente del Senado a los Presidentes de las Asambleas legislativas autonómicas para que presenten cada una, en el plazo que se señala, un máximo de dos candidatos. Será la Comisión de Nombres la encargada de elevar al Pleno de la Cámara la propuesta de los cuatro candidatos seleccionados, tras haber comparecido todos los candidatos propuestos por las Asambleas autonómicas.

El resultado de esta regulación es que la competencia que tenían los grupos parlamentarios de presentar candidatos se ha desplazado a las Asambleas legislativas, manteniéndose la facultad de la Comisión de Nombramientos (integrada por el Presidente del Senado y por los Portavoces de los grupos parlamentarios y que adopta sus acuerdos por voto ponderado) para pronunciarse sobre la idoneidad de los candidatos y hacer la propuesta al Pleno.

Aunque el Tribunal Constitucional, en respuesta al recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la nueva regulación reglamentaria, ha avalado su constitucionalidad en la STC 101/2008, de 24 de julio, entendemos que la fórmula que comentamos afecta al derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 CE (derecho a ejercer cargos públicos) al recortar derechos de los parlamentarios ejercitables a través de sus respectivos grupos parlamentarios ya que suprime la competencia de dichos grupos del Senado a presentar candidaturas, que sólo se reconoce como subsidiaria en el supuesto de que las Asambleas autonómicas no presenten candidatos, o de que éstos no resulten idóneos. Bien es cierto que, como hemos indicado, la realidad es que el ejercicio de este derecho por parte de los grupos parlamentarios es más teórico que real ya que está mediatizado por los acuerdos, con frecuencia extraparlamentarios, adoptados por los partidos en función de los cupos correspondientes. Sin embargo, el derecho en sí sigue existiendo pese al mal uso que pueda hacerse de él.

De todas formas entendemos que la verdadera contradicción del nuevo sistema afecta fundamentalmente al artículo 159.1 de la Constitución. La regulación actual de los artículos 6 de la LO 6/2007 y 184.7 del Reglamento del Senado tiene una proyección institucional de profundo calado ya que condiciona de forma necesaria la voluntad del Senado, órgano estatal, a la de las asambleas autonómicas, órganos territoriales y en consecuencia movidos por intereses públicos que son, por definición, parciales. Por supuesto es posible aducir que siendo el Senado la cámara territorial es su función integrar y representar los intereses territoriales, entre los que son especialmente significativos los autonómicos; se puede también alegar que dada la composición del Senado, que hace que las comunidades autónomas estén muy insuficientemente representadas en la Cámara alta, esta reforma supone una posibilidad de articular una mayor y mejor presencia de estos entes territoriales en el órgano parlamentario.

Sin entrar a debatir ninguna de las dos afirmaciones anteriores, y por supuesto sin plantearnos la ya manida cuestión de la necesidad de la modificación de la Cámara alta, lo cierto es que una cosa es que el Senado “debería ser” el órgano parlamentario del Estado en el que tuvieran presencia únicamente las comunidades autónomas como elementos de base del Estado de las Autonomías, y otra es lo que realmente “es”. La realidad del Senado no se corresponde con la ficción teórica (aunque sea una ficción lógica y deseable) y lo cierto es que la previsión del nuevo artículo 16.1 de la LOTC no convertirá al Senado en Cámara de representación e integración de las comunidades autónomas y sí lo puede convertir, al menos teóricamente, en el campo de batalla de unos intereses políticos parciales en lucha por tener una presencia activa en un órgano

constitucional estatal cuya función sólo debe estar guiada por la garantía de la Constitución, norma común e integradora en todo el territorio nacional.

El artículo 159.1 CE expresa de manera diáfana la intención del constituyente, que se remite inequívocamente a los órganos constitucionales representativos de los tres poderes estatales; en nuestra opinión, la fórmula que introduce el nuevo artículo 16. 1 de la LO 6/2007 rompe frontalmente con aquella voluntad constituyente al mediatizar la decisión de una de las Cámaras legislativas del Estado a las decisiones previas de los órganos legislativos autonómicos con lo que podría introducirse un nuevo factor distorsionador que añadir al ya existente mecanismo tradicional de cupos, aunque le realidad es que posiblemente se seguirán imponiendo los cupos a través de la presencia de los partidos políticos en las asambleas autonómicas.

En páginas anteriores hemos indicado que el fundamento de estas fórmulas de articulación de la designación de los magistrados constitucionales con los órganos políticos representativos, comunes en el derecho comparado, se encuentra en el significado de la función del Tribunal Constitucional que impone su vinculación con los órganos representativos que de forma legítima están llamados a desarrollar en cada momento histórico concreto el orden que deriva del ordenamiento constitucional. Sin embargo, la justificación del sistema no impide cuestionar su incidencia en la independencia de los magistrados así designados y en el mismo Tribunal. Partimos de la idea de que los mecanismos para garantizar la independencia de los magistrados respecto de las fuerzas políticas a las que deben su mandato no tienen necesariamente que suponer la modificación radical del sistema de designación; no somos tan ingenuos como para pensar que la independencia del Tribunal Constitucional se tenga que fundamentar en la designación de sus magistrados mediante fórmulas al margen de los acuerdos de los partidos políticos desde el momento en que toda actuación parlamentaria supone normalmente la consecución de un acuerdo, como tampoco podemos pensar que la búsqueda del magistrado perfecto consiste en encontrar al jurista sin ideología. La cuestión radica en la articulación de los mecanismos que puedan favorecer, dentro del sistema de designación existente, el mayor ámbito de independencia posible en la actuación de Tribunal.

VII. FÓRMULAS NORMATIVAS DE INDEPENDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El ordenamiento positivo desarrolla una serie de técnicas llamadas a procurar la independencia del Tribunal Constitucional que inciden en el doble aspecto de la independencia de los magistrados y la del órgano, ya que en definitiva la independencia del juez individual tiene que ir acompañada de la independencia institucional⁴⁶.

46 BARAK, Aharón, *op. cit.* pp. 40 y 41.

Junto a los elementos clásicos del reconocimiento de las notas de imparcialidad, inamovilidad e incompatibilidades (arts. 159.4 y 5 CE y 19 y 22 LOTC), y de la prohibición de reelección (art. 16.4 LOTC), que se estructuran como garantías de la independencia de los magistrados, la fórmula más significativa a la hora de articular su teórica desvinculación política de los órganos que los designan es la de la duración del mandato.

Los artículos 159.3 CE y 16.2 LOTC establecen un mandato de nueve años que, combinado con la renovación parcial, por terceras partes, del Tribunal cada tres años, podría suponer una cierta objetivación e independencia del Tribunal Constitucional respecto de las fuerzas políticas concretas (parlamentarias y gubernamental, y de forma indirecta del Consejo General del Poder General, cuyos miembros son designados igualmente por las Cámaras) que designaron a los magistrados ya que, siendo la duración de la legislatura de cuatro años, resulta previsible su renovación al menos por dos veces durante los nueve años de mandato de los magistrados constitucionales, con la posibilidad de que se altere la relación de las fuerzas políticas a lo largo de ese tiempo.

La fórmula falla, sin embargo, cuando la falta de acuerdo entre los partidos mayoritarios bloquea la renovación de los magistrados en el plazo señalado. Hace más de un año que debieron ser relevados los cuatro magistrados designados por el Senado; la imposibilidad de llegar a un acuerdo sobre los llamados a sustituirlos ha hecho que los magistrados cuyo mandato debió haber terminado al concluir los nueve años fijados constitucionalmente hayan visto prolongada su pertenencia al Tribunal Constitucional en una situación de cierta interinidad que ni les beneficia a ellos ni al Tribunal.

La imposibilidad de renovar a los magistrados correspondientes en el tiempo exigido por la Constitución pone en evidencia cuatro cuestiones. La *primera*, a la que ya hemos hecho alusión, es que pese al mecanismo de vinculación de los cuatro magistrados que corresponde elegir la Senado a los candidatos presentados por las asambleas autonómicas, la realidad es que sigue predominando el sistema de cupos y de vetos entre los partidos políticos. La *segunda*, es que a la postre queda en manos de los partidos políticos la posibilidad de renovar el Tribunal Constitucional de manera que son ellos los responsables del deterioro que pueda sufrir como consecuencia de su funcionamiento irregular. La *tercera*, es que hay grandes posibilidades de que el sistema de renovación parcial previsto por la Constitución como fórmula para dar continuidad al Tribunal Constitucional resulte ineficaz ya que, si continua el bloqueo actual, la renovación de los cuatro magistrados del Senado puede acumularse con la de los cuatro que corresponde elegir al Congreso, que debería hacerse en el año 2010, aunque hasta es probable que no se realice ni una ni otra.

La *cuarta* cuestión se deriva del artículo 16, en su apartado 3, en la modificación de la LOTC introducida por la LO 6/2007 que establece la prórroga automática del Presidente y Vicepresidente del Tribunal cuando su mandato de tres años no coincida con la renovación del Tribunal, hasta que se produzca la renovación y tomen posesión los nuevos magistrados. Pese a que el Tribunal Constitucional ha confirmado la constitucionalidad de la retroactividad del

precepto⁴⁷ entendemos que contradice al artículo 160 CE que establece en tres años en mandato del Presidente, plazo que reafirma, como no podía ser menos, el artículo 9.3 LOTC permitiendo una sola reelección por una sola vez. El tenor literal de ambos preceptos es meridiano: el mandato es de tres años, y sólo por medio de una nueva reelección expresa por el Pleno del Tribunal puede su Presidente tener un segundo mandato por otros tres años. La prórroga del mandato, sin reelección, está en abierta contradicción con la previsión constitucional.

Pero es que además el nuevo artículo 16.3 LOTC tiene un efecto político incuestionable al dejar en manos del Gobierno y de las Cámaras la posibilidad de prolongar los mandatos del Presidente y Vicepresidente del Tribunal por el sencillo procedimiento de no proceder a la renovación del cupo de los magistrados que les correspondan; no se trata en absoluto de una elucubración teórica ya que, como hemos indicado, en la actualidad se ha retrasado *sine die* la renovación de los cuatro magistrados que corresponde designar al Senado y cuyos mandatos concluyeron hace más de un año; al no llegar los dos partidos mayoritarios en la Cámara a un acuerdo sobre los candidatos que tienen que sustituirlos se ha dejado en manos de aquellos partidos políticos la decisión de mantener indefinidamente a un Presidente y Vicepresidente concretos, interfiriendo en la autonomía del Tribunal que se ve impedido de designar a sus propios cargos de dirección por un tiempo indeterminado. Entramos nuevamente en el mundo de la sospecha, tan extraordinariamente perjudicial para un órgano de la naturaleza del Tribunal Constitucional; la modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en los términos que se ha hecho es susceptible de suscitar toda suerte de recelos sobre si la regulación se ha hecho para dar una respuesta a una necesidad política contingente (conseguir que un magistrado concreto, en este caso la Presidenta actual, se mantenga en su cargo hasta que se resuelva la duda de constitucionalidad del Estatuto de Cataluña con la esperanza de que la balanza pueda inclinarse a favor de unos intereses concretos a los que sea afín la Presidenta en cuestión), más que a una verdadera necesidad objetiva del Tribunal. Para conseguir el primer propósito basta con que al menos uno de los dos partidos que tienen que ponerse de acuerdo en la elección de los nuevos magistrados no lo haga.

Los requisitos de idoneidad de los candidatos que establece el artículo 159.2 de la Constitución puede tener el efecto de restringir el campo de elección para los partidos políticos, canalizando la elección hacia los candidatos objetivamente más adecuados para la función que tienen que asumir, entendiendo que la adecuación a un perfil profesional concreto puede implicar al mismo tiempo una mayor independencia del magistrado electo. Sin embargo, aunque

47 A nuestro juicio es difícil sostener su retroactividad desde el momento en que las Disposiciones transitorias primera, segunda, tercera y cuarta de la LO 6/2997 establecen supuestos concretos de aplicación retroactiva de la norma, sin referirse en ningún caso a la situación que describe el art. 16.3. Si el legislador orgánico ha dedicado cuatro transitorias a determinar los efectos retroactivos de la ley en una serie de casos, puede pensarse que lo no previsto en ellas no tiene por qué tener dicho efecto.

es evidente que se limita el campo de elección, los requisitos exigidos (jurista de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional) no plantean en sí mismos a las fuerzas políticas ningún obstáculo insalvable a la hora de configurar el cupo que les corresponde; la exigencia de los quince años de ejercicio profesional es una simple cuestión cuantitativa, mientras que el concepto de la “reconocida competencia” es lo suficientemente amplio y ambiguo como para dar cobertura casi a cualquier jurista que cumpla la primera condición. En definitiva, ninguno de los dos requisitos impone unos límites especialmente significativos a la selección de los candidatos al Tribunal Constitucional que los partidos políticos siguen haciendo básicamente en función de afinidades ideológicas.

En definitiva no nos parece que los mecanismos formales articulados constitucional y legalmente sean suficientes para garantizar un ámbito de independencia del Tribunal a partir de la propia independencia personal de los magistrados, que en definitiva determinan, a través de su actividad, lo que es el Tribunal Constitucional⁴⁸. Algunas de estas insuficiencias podrían ser paliadas por el simple procedimiento de hacer un uso adecuado de la norma existente para que cumpliera la finalidad propuesta; si las comisiones parlamentarias competentes en el examen de la idoneidad de los candidatos funcionan correctamente haciendo que dicho examen sea exhaustivo, sin estar condicionado por las decisiones previas de los partidos políticos, se solventaría el problema de la capacidad real de los candidatos. Incluso, puestos a pensar probablemente imposibles, la posibilidad de que la intervención de las comisiones fuese incluso previa a la determinación de los cupos, de manera que de aquéllas surgiera una propuesta integrada por una serie de candidatos idóneos sobre los que los partidos políticos podrían elegir en función de los cupos correspondientes.

Puede haber otras opciones perfectamente válidas que combinen la duración del mandato con la edad de inicio y final del mismo con la finalidad de reforzar la independencia personal de los magistrados. El tiempo de mandato de nueve años establecido por la Constitución es relativamente breve, y la inexistencia de una edad mínima para acceder al cargo permiten que un magistrado del Tribunal que termine sus nueve años de mandato en torno a los 60 años (y no son pocos los que se han encontrado y se encuentran en esta circunstancia) está en condiciones de aspirar a desempeñar otros cargos públicos, y especialmente políticos; esta pretensión, que es totalmente legítima, puede llevarle a considerar, si el desarrollo de su carrera futura depende de fuerzas o poderes ajenos al Tribunal de los que depende su promoción posterior, en la conveniencia de utilizar su condición de magistrado ante la fuerza política que puede, en el futuro, ser artífice de que se cumplan sus aspiraciones⁴⁹.

Las opciones para articular esta opción son varias: el establecimiento de una serie importante de incompatibilidades temporales al dejar el cargo o la

48 ZAGREBLESKY, Gustavo, *op. cit.* p. 15.

49 ZAGRABELSKY, Gustavo, *op. cit.* p. 91 a 95.

determinación de una edad mínima para acceder a él⁵⁰. Combinando estos dos elementos con la prolongación del mandato de los magistrados⁵¹, junto con el mantenimiento de renovaciones parciales para evitar que el Tribunal quedase excesivamente envejecido, se podría lograr que el acceso al Tribunal Constitucional actuase como colofón de una carrera dedicada al mundo del Derecho con la consecuencia de que los magistrados estarían en condiciones de eludir las presiones políticas personales de que pudieran ser objeto.

VIII. ¿QUIS CUSTODIET IPSOS CUSTODES? LA LEGITIMIDAD DE EJERCICIO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El interrogante con que se encabeza este epígrafe nos sirve como punto de partida para hacer una somera reflexión sobre la cuestión de la politización del Tribunal Constitucional en su actuación concreta, tema que no es nuevo ya que, como los ojos del Guadiana, aparece y desaparece periódicamente del debate público, pero que ha alcanzado últimamente una virulencia que no parece disminuir.

Hay que preguntarse con Juvenal quién guarda al guardián, y en este caso la pregunta afecta a un órgano constitucional clave para el Estado constitucional de Derecho, de manera que lo que está en juego no es ya el órgano en sí sino los principios determinantes del modelo de Estado. Si la percepción es que el Tribunal constitucional subordina en su actuación los valores constitucionales a unos intereses políticos partidistas, ¿qué garantía ofrece?. Si el órgano ya no ofrece garantía y no sirve a la función ¿para qué se quiere el órgano?. ¿Sirve este Tribunal Constitucional para la función que le encomendó la Constitución?. Sin duda resulta penoso hacerse estas preguntas que resultan relacionadas no con la legitimación de origen del Tribunal sino con la de ejercicio.

Hasta ahora hemos abordado básicamente cuatro cuestiones: *primera*, la percepción de la existencia de un deterioro que afecta a la apreciación y valoración de la labor del Tribunal Constitucional, y puede que de su misma legitimidad; *segundo*, el fundamento constitucional de su legitimidad de origen; *tercero*, la vinculación de los tres factores (legitimidad, integración e independencia), y *cuarto*, los mecanismos formales articulados para garantizar la desvinculación de los jueces constitucionales de los órganos de los que procede su designación.

El dilema que se plantea a continuación es el siguiente: los mecanismos formales establecidos constitucional y legislativamente como medios de garan-

50 En Alemania y Bélgica se establece como edad mínima tener 40 años, que nos parece una edad insuficiente para la finalidad que propugnamos.

51 Entendemos que sería conveniente un mandato superior a los nueve años establecidos en la Constitución; doce años podría ser una cifra más adecuada, sin descartar incluso la posibilidad de magistraturas vitalicias, tal como se articulan en el Tribunal Supremo norteamericano o en el Tribunal Constitucional belga.

tía de la independencia del Tribunal Constitucional en la actualización de su función pueden estar mejor o peor articulados para el fin que pretenden, pero en definitiva establecen un marco que delimita un espacio en el que tienen que actuar los magistrados. El marco será más o menos sólido, más o menos compacto, pero su espacio interior tiene que ser necesariamente el ámbito que tiene que ser llenado por la actividad de aquellos magistrados en los que realmente radica la independencia del órgano. “La responsabilidad de los jueces es grande con respecto a la institución y a la tarea asignada: una responsabilidad mayor, pues la vida del Tribunal depende de ellos.... más que de las reglas a las cuales están sometidos.... Depende de ellos, sólo de ellos”⁵².

Depende de ellos, sólo de ellos. Y volvemos a preguntarnos: *¿Quis custodiet ipsos custodes?* Si dejamos al margen las fórmulas normativas de independencia, la difícil tarea de hacer realidad la idea que la Constitución tiene del Tribunal Constitucional compete a sus magistrados y se supedita a la forma concreta en la que éstos desarrollan su actividad.

La referencia a la actividad concreta del Tribunal como fórmula de legitimación es continua en la doctrina; aunque los enfoques pueden variar buena parte de los argumentos se fundamentan en la necesidad de superar el déficit democrático de la legitimidad de origen del Tribunal Constitucional por medio de una legitimación de ejercicio derivada de su propia actuación⁵³. Hace ya años Rubio Llorente⁵⁴ y Zagrebelsky⁵⁵ coincidían al proponer como fórmula para neutralizar la politización del Tribunal la consideración de la incidencia combinada de los factores de legitimación y aceptación social del Tribunal Constitucional, factores dependientes en buena parte de su propia labor y de su conexión directa con la Constitución, que es en definitiva su único título de legitimidad. Gámez Mejías enfoca la autolimitación desde el punto de vista de los límites entre el Tribunal Constitucional y el legislador proyectando la autorestricción del Tribunal en el enjuiciamiento del desarrollo constitucional realizado por el legislador⁵⁶. Prieto Sanchís⁵⁷ y Pibernat Domenech⁵⁸ inciden también en la autolimitación del Tribunal como consecuencia de la necesidad que tiene de legitimarse por su funcionamiento frente al legislador, entendiendo que éste goza por definición de una legitimidad de origen plenamente democrática que le legitima incluso al margen de su actuación.

52 ZAGREBELSKY, Gustavo, *op. cit.* p. 15.

53 GÓMEZ CORONA, Esperanza, *op. cit.* pp. 39 y 89 a 91.

54 RUBIO LLORENTE, Francisco, *Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional*. Revista de Derecho Político, nº 16, 1983, p. 30.

55 ZAGREBELSKY, *La giustizia Costituzionale*. Il Mulino, Bolonia, 1977, pp. 364 y 365; *Principios y votos...* *cit.* pp. 15 a 22.

56 GÁMEZ MEJÍAS, Manuel, *El significado jurídico actual del principio de división de poderes en las Constituciones parlamentarias*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 177.

57 PRIETO SANCHÍS, Luis, *op. cit.* p. 186.

58 PIBERNAT DOMÈNECH, Xavier, “La sentencia constitucional”, *Revista de Derecho Político*, nº 24, 1987, p. 78.

Con idéntica finalidad Pérez Royo⁵⁹ subraya la importancia del autocontrol, pero lo proyecta en dos ámbitos; en primer lugar, autocontrol de los órganos constitucionales legitimados para interponer recursos de inconstitucionalidad, como paradigma de los conflictos más directamente políticos, evitando convertir al Tribunal en campo de batalla de sus diferencias políticas con una fórmula que les permite extender a su ámbito el debate parlamentario; en segundo lugar, autocontrol del Tribunal Constitucional, entendido como capacidad del Tribunal de sustraer sus fallos al juego político concreto en que se le haya querido implicar.

A nuestro juicio el punto de partida de algunas de estas opiniones parten de un supuesto que rechazamos *a priori* y que ya hemos expuesto en páginas anteriores y que es la existencia de un déficit democrático en la legitimidad de origen del Tribunal Constitucional. La afirmación de que el Tribunal goza de una legitimidad perfectamente democrática no es impedimento, sin embargo, para sostener la necesidad especial que tiene para revestirse de una legitimidad de ejercicio por un doble motivo: en primer lugar, porque existen factores de riesgo en el ejercicio de la función de control de constitucionalidad desde el momento en que los límites de la misma los constituye la Constitución, cuyo intérprete supremo y último es el Tribunal Constitucional⁶⁰; en segundo lugar, porque la falta de responsabilidad del Tribunal por sus decisiones le exige que el ejercicio de sus competencias se revistan de una razonabilidad singular y de una conexión directa y permanente con la norma que están llamados a garantizar. Es por estos dos elementos por lo que es necesario abordar la cuestión de si los dos conceptos legitimadores del Tribunal Constitucional, el de origen y el de ejercicio, se ensamblan o si se han disociado como consecuencia de la politización del órgano en su actuación.

La autolimitación como elemento legitimador plantea no pocos problemas, sobre todo si, siguiendo a Pérez Royo, tenemos que encarar unos mecanismos de autocontrol que dependen de voluntades tan dispares que tendrían que incidir en una motivación idéntica que les justificase esa hipotética posibilidad de autolimitación.

Es difícil conseguir la autolimitación de los órganos legitimados para llevar sus conflictos ante el Tribunal; si la Constitución les otorga tal competencia, por más que su uso sea discrecional, no parece que vayan a renunciar a ella e incluso creemos que no sería lógico que lo hiciesen. Parece igualmente tarea compleja el lograr que los órganos encargados de designar a los magistrados renuncien a proponer a los candidatos más en virtud de sus afinidades políticas que por sus méritos jurídicos, que por supuesto tampoco se niegan. La autolimitación de los actores políticos no radica tanto en que no utilicen los

59 PÉREZ ROYO, Javier, *Tribunal Constitucional y división de poderes*. Tecnos, Madrid, 1988, pp. 49 y 50.

60 TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, "La Constitución y el Tribunal Constitucional" en *La Jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, Tribunal Constitucional- Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, p. 33.

mecanismos procesales que les confiere el ordenamiento para dirigirse al Tribunal Constitucional (que por otra parte es la única forma de que éste, que en definitiva carece de iniciativa, realice su función) sino en que no utilicen al Tribunal como comodín de sus propios intereses.

En páginas anteriores hemos expuesto algunos supuestos de lo que, en nuestra opinión, ha sido una utilización abusiva del Tribunal Constitucional por parte de actores políticos; las sucesivas recusaciones de sus magistrados con la finalidad de alterar de forma contingente la composición concreta del Tribunal, y la misma voluntad manipuladora se puede sospechar en la reforma del artículo 16 de la LOTC efectuada por la ya citada LO 6/2007 cuando el nuevo párrafo 3 que se añade al precepto original, permitiendo la prórroga de los mandatos del Presidente y de Vicepresidente del Tribunal, priva a los magistrados de su derecho a renovar aquellos cargos.

Puede que el ejemplo de menor autolimitación de los órganos políticos esté en el respaldo dado por el Gobierno y las Cortes Generales a una norma de dudosísima constitucionalidad, como es el Estatuto de Autonomía de Cataluña, capaz de suscitar la presentación de siete recursos de inconstitucionalidad que han colocado al Tribunal ante la tesitura de verse forzado a resolver una cuestión de la que depende la misma supervivencia del modelo constitucional y que nunca debió producirse; la responsabilidad de la situación no está en los siete actores de los recursos de inconstitucionalidad sino en los órganos que movidos por una coyuntura claramente partidista ponen en jaque al sistema constitucional y fuerzan la presentación de los recursos y con ellos la intervención del Tribunal.

A la vista de los supuestos que hemos referido parece difícil conseguir el autocontrol de los actores políticos en su relación con el Tribunal Constitucional, ya sea a la hora de involucrarle en conflictos políticos que en principio deberían haber sido resueltos en otras sedes, ya sea utilizando la ley para incidir en el funcionamiento del Tribunal. En vista de ello lo que queda como opción prioritaria es el elemento en el que coincide la doctrina, es decir el autocontrol del Tribunal Constitucional. Pero ¿qué es el autocontrol?

En primer lugar, el compromiso y la responsabilidad de los jueces constitucionales para autolimitarse actuando en función de criterios jurídicos y no de sus propios, o ajenos, intereses políticos. El Tribunal Constitucional se define por sus miembros, y su vida depende de la actuación de los magistrados más que de las reglas y normas escritas, y que tal actuación se constituya como un baluarte de razonabilidad o como una fuente de arbitrariedad sólo depende de ellos⁶¹. Por supuesto que es plenamente legítimo, e inevitable, que los magistrados tengan sus propios criterios e intereses políticos, pero no es en su función constitucional donde tienen que hacerse presentes.

La autolimitación sólo puede suponer el compromiso personal de cada magistrado y colectiva del Tribunal de excluir en su actuación cualquier interés

61 ZAGREBELSKY, Gustavo, *Principios y votos... cit.* p. 15.

ajeno a su función, y ajeno a su función es el desvío en sus decisiones de lo que constituye la función principal que tiene la Constitución, que es determinar los presupuestos de la convivencia y las reglas del ejercicio del poder público, presupuestos y principios que fueron aceptados por todos en el momento constituyente y sobre los que el Tribunal no puede decidir⁶². Los duros términos en que se expresa Zagrebelsky son extraordinariamente significativos: “Un Tribunal políticamente alineado, quinta columna de fuerzas políticas externas, merecería pura y simplemente ser suprimido”⁶³.

La trayectoria usual en la toma de decisiones del Tribunal Constitucional pone de manifiesto, y así lo expresan tanto quienes han prestado sus servicios profesionales en el Tribunal cuanto magistrados que han publicado su experiencia al abandonar el cargo (como son los casos de Barak y Zagrebelsky en las obras citadas en este artículo), que los magistrados no se dejan influir normalmente por posiciones ideológicas predeterminadas. La cuestión es que esa convicción se pueda seguir manteniendo cuando las causas a resolver afecten de manera singular y extraordinaria a los intereses de los actores políticos involucrados, con lo que volvemos al origen de este artículo. Las ocasiones pueden no ser demasiadas, pero la relevancia de una sola actuación en la que pueda recaer la sospecha de su politización en causas especialmente sensibles echa por tierra toda una línea funcionalmente adecuada.

Por supuesto que el Tribunal Constitucional puede interpretar la Constitución (es su intérprete supremo), pero tal interpretación tiene que hacerse en función de la norma legal recurrida y tiene un punto de intangibilidad que sólo está en manos del poder constituyente o del poder de reforma admitido por la misma Constitución; ese es un punto que ningún poder constituido (ni el legislador ni el Tribunal Constitucional) tiene capacidad para sobrepasarlo. El Tribunal Constitucional decide según la Constitución pero no sobre la Constitución⁶⁴. Otra forma de actuar desacredita el prestigio y la autoridad intelectual del magistrado y del órgano del que forma parte.

Sin embargo la autolimitación no se agota sólo en los límites que tienen que imponerse los jueces constitucionales en su proceso intelectual a la hora de ejercer su función sino que tiene una proyección funcional que incide en el ritmo de la actividad del Tribunal Constitucional. Si la función del Tribunal Constitucional tiene necesariamente una carga política ineludible, es responsabilidad del mismo atender a las cuestiones que se le plantean valorando la incidencia que su actuación y sus resoluciones van a tener en el orden político⁶⁵. En general no es de recibo que el Tribunal Constitucional haya podido tardar cuatro, cinco y hasta ocho años en dictar una sentencia, pero lo que ya queda fuera de toda lógica es que hayan trascurrido más de tres años sin que se haya resuelto los recursos de inconstitucionalidad contra el Estatuto de Autonomía de Cataluña, cuya

62 ZAGREBELSKY, Gustavo, *Principios y votos... cit.* p. 29.

63 ZAGREBELSKY, Gustavo, *Principios y votos... cit.* p. 57.

64 ZAGREBELSKY, Gustavo, *Principios y votos... cit.* pp. 33 a 41.

65 LEIBHOLZ, Gerhard, *op. cit.* p. 93.

trascendencia política es especialmente significativa. Como bien ha indicado el mismo Tribunal en diversas sentencias, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la justicia tardía no es justicia, y a tenor del razonamiento podemos decir que una actuación de la justicia constitucional exageradamente extemporánea pierde el significado con que ha sido configurada en la norma constitucional. La situación adquiere especial gravedad desde el momento en que la pérdida de eficacia arrastra buena parte de la credibilidad del órgano, así como de su funcionalidad en el esquema constitucional de relación entre los poderes, tanto estatales como territoriales.

Ello nos lleva a hacer una reflexión de tipo general. Prácticamente todos los recursos de inconstitucionalidad traen causa en un conflicto político que se pretende que solucione el Tribunal por vía judicial; por ello, y como hemos indicado antes, la base de la articulación de tales recursos en unos plazos breves de interposición es la de no prolongar el conflicto más allá de unos límites razonables de manera que la dilación en la emisión de la sentencia no tiene otro efecto que el de prolongar el conflicto político que subyace en el recurso hasta necrosar la situación, y en casos extremos dejarla prácticamente irreversible. Se alude siempre como justificación de la lentitud con la que resuelve en términos generales el Tribunal Constitucional a la sobrecarga, verdaderamente intolerable, que los recursos de amparo suponen para el conjunto de la actividad del Tribunal, que se ve ralentizada hasta extremos inadmisibles.

Sin duda es totalmente cierto que la sobrecarga de trabajo que pesa sobre el Tribunal Constitucional impidió desde el primer momento que se pudiesen cumplir los plazos que establece el artículo 34 LOTC para dictar sentencia, plazos que posiblemente ya eran ilusorios en cualquier caso. Sin embargo, y precisamente por las dificultades objetivas con que se enfrenta el Tribunal a la hora de cumplir su función, parecería lógico que la atención de los conflictos que entran en su sede se atendiesen en función de la trascendencia de los efectos previsibles que pudieran producirse durante el tiempo de presunción constitucional de la norma legal recurrida, incluso con la contrapartida, posiblemente injusta, de relegar a un segundo plano los casos de repercusión más limitada. No se entendería que un médico, por competente que fuera, relegase a un paciente grave para atender a una serie de enfermos, todos ellos necesitados de sus servicios pero cuya dolencia no reviste la misma importancia, ni tampoco se entiende la falta de diligencia del Tribunal Constitucional ante el grave paciente que se le ha presentado.

Buena parte de los recursos relegados serían sin duda los de amparo, lo que podría valorarse como desproporcionado al tratarse de procesos de garantía de derechos fundamentales; no obstante, al margen de que tales derechos ya son objeto de protección por la justicia ordinaria por lo que no puede hablarse de desprotección, hay que reconocer que una de las causas de la avalancha de recursos de amparo que ahogan al Tribunal Constitucional es la excesiva generosidad con que el Tribunal admitió los amparos desde un principio; por ello, una restricción de los recursos de amparo, lo que por otra parte es el objetivo inmediato de la LO 6/2007, de 24 de mayo, de reforma de la LOTC, permitiría que el Tribunal dedique su tiempo a la resolución de los otros procesos

constitucionales, que son siempre muchos menos cuantitativamente pero cuya repercusión en el ordenamiento es cualitativamente mucho más significativa. La incapacidad del Tribunal Constitucional para dar una respuesta en plazos razonables a las cuestiones que se le plantean y que resultan vitales para el orden constitucional puede ser uno de los factores que ha contribuido al menoscabo de su credibilidad, lo que en último término, y en combinación con otros elementos, puede acabar afectando a la misma legitimidad del Tribunal. La legitimidad de origen de un órgano y la de ejercicio pueden o no coincidir, pero sin duda se afectan mutuamente.

En conclusión, la legitimación del Tribunal Constitucional entendida como aceptación del órgano y de su función, depende básicamente de dos factores: una regulación coherente que tenga como objetivo asegurar su independencia tanto en relación de los órganos que designaron a sus magistrados cuanto en su propio funcionamiento, y, en segundo lugar, la propia capacidad del Tribunal de autolimitación.

La regulación positiva articulada por la Constitución y la LOTC resulta, a nuestro juicio, insuficiente para el fin que se pretende; a lo largo de estas páginas hemos hecho alusión a algunas posibilidades que podrían apuntalar con más firmeza un ámbito normativo de garantía de la independencia de los magistrados y del Tribunal Constitucional en su función.

Pero ahora mismo hay que contar con dos realidades: la insuficiencia de aquellos mecanismos normativos en la regulación positiva y la evidencia de una pérdida de prestigio del Tribunal Constitucional en España. Ambos factores nos suscitan una doble reflexión con la que queremos terminar el artículo.

En primer lugar, y pese a las críticas y recelos que despierta el control de constitucionalidad y su posible interferencia en la función del legislador, la tendencia de su expansión es perfectamente constatable⁶⁶, entendiendo que la solución alternativa (prescindir de la Justicia constitucional o al menos del control de constitucionalidad) es peor que su mantenimiento con las deficiencias que pueda tener; el control de constitucionalidad no es un remedio infalible, pero cuando no existe el poder político está más expuesto al riesgo de la arbitrariedad⁶⁷.

El problema es que el Tribunal Constitucional, como cualquier órgano, también está expuesto al riesgo de la arbitrariedad, con la dificultad añadida que plantea la articulación de algún tipo de responsabilidad del órgano llamado a ser el intérprete supremo de la Constitución. Por ello, y pese a todas las cautelas normativas que se puedan articular, al final la

66 RUBIO LLORENTE, Francisco, "Seis tesis sobre la Jurisdicción Constitucional en Europa", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 35, 1992, p. 13; considera que el esfuerzo por limitar el poder de los jueces constitucionales se centra hoy más en la teoría de la interpretación que en la de la Constitución o la democracia.

67 CAPPELLLETTI, Mauro, "¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la Justicia Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 17, 1986, p. 45.

independencia del Tribunal Constitucional radica fundamentalmente en la propia autolimitación de los miembros del Tribunal en el sentido que hemos apuntado.

En los últimos años estamos asistiendo a un importante deterioro del prestigio, la credibilidad y la misma legitimidad del Tribunal Constitucional que sólo podrá remediar el Tribunal, asumiendo la realidad de su función y haciéndose servidor de la Constitución y de los valores que ésta consagra. Sólo el Tribunal Constitucional puede custodiarse a sí mismo.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA SÁNCHEZ, JOSÉ, *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*, Tecnos, Madrid, 1998.
- AJA, ELISEO (Editor), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998.
- ALONSO GARCÍA, ENRIQUE, *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- ALVÁREZ CONDE, ENRIQUE, “La inocentada navideña del TC”, en diario *ABC*, 3-01-2008, p. 3
- “Tempus regit actum”, diario *ABC*, de 17-07-2009.
- BARAK, AHARÓN, *Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un Tribunal Constitucional en una democracia*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2008.
- CAPPELLETTI, MAURO, “El “formidable problema” del control judicial y la contribución del análisis comparado”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 13, 1980, pp. 61 a 103.
- “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la Justicia Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 17, 1986, pp. 9-46.
- CASCAJO CASTRO, JOSÉ LUIS; GIMENO SENDRA, Vicente, *El recurso de amparo*, Tecnos, Madrid, 1984.
- CRUZ VILLALÓN, PEDRO, *La curiosidad del jurista persa y otros estudios de la Constitución*; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
- *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.
- DE ESTEBAN ALONSO, JORGE, “La Constitución devaluada”, diario *El Mundo*, 2-12-2008, pp. 4 y 5.
- FAVOREU, Louis, *Los Tribunales Constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1995.
- FERNÁNDEZ FARRERES, GERMÁN, *¿Hacia una nueva doctrina constitucional del Estado Autonomico? (Comentario a la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana)*, Cuadernos Civitas, Aranzadi, 2008.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, JOSÉ JULIO, *La Justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Tecnos, Madrid, 2007.

- FERRERES COMELLA, VÍCTOR, *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- GAMEZ MEJÍAS, MANUEL, *El significado jurídico actual del principio de división de poderes en las Constituciones parlamentarias*, Dykinson, Madrid, 2004.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981.
- GARCÍA MARTÍNEZ, M.^a ASUNCIÓN, *El control de constitucionalidad de las leyes*, Jurista Editores, Lima (Perú), 2005.
- “La Ley Orgánica 6/2007 y el juez de la ley”, *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*. N° 17, 2007, pp. 25 a 27.
- GARCÍA PELAYO, MANUEL, “El status del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 1, 1981, pp.11-34.
- GÓMEZ CORONA, ESPERANZA, *Las Cortes Generales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2008.
- GONZÁLEZ-DELEITO DOMINGO, NICOLÁS, *Tribunales Constitucionales. Organización y funcionamiento*, Tecnos, Madrid, 1980.
- GONZÁLEZ-TREVIANO SÁNCHEZ, PEDRO J., *El Tribunal Constitucional*, Aranzadi, 2000.
- KELSEN, HANS, *La garantie jurisdictionelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, *Revue de Droit Publique et de la Science Politique en France et a l'étrangère*, 1928.
- *Esencia y valor de la democracia*, Labor, Barcelona, 1934.
- *Teoría general del Derecho y del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1949.
- LANDA ARROYO, CÉSAR, “Justicia constitucional y political questions”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n° 4, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 173 y ss.
- “Tribunal Constitucional y Poder Judicial: Una perspectiva desde el Derecho Procesal Constitucional”, *Parlamento y Constitución*, Cortes de Castilla-La Mancha- Universidad de Castilla-La Mancha, n° 9, 2005, pp. 9-31.
- LEIBHOLZ, GERHARD, *El Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana y el problema de la apreciación judicial de la política*, *Revista de Estudios Políticos*, n° 146, 1966.
- LUCAS VERDÚ, PABLO, “Política y Justicia constitucionales, consideraciones sobre la naturaleza y funciones del Tribunal Constitucional” en *El Tribunal Constitucional*, Tomo II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981.
- MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS, “El Tribunal Constitucional Federal alemán” en *El Tribunal Constitucional*, Tomo I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981.
- MARÍN, JOSÉ ÁNGEL, *La naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1998.
- NOHLEN, DIETER, “Jurisdicción constitucional y consolidación de la democracia” en *Tribunales Constitucionales y democracia*, Corte Suprema de Justicia de la Nación, México, 2008.

- OLLERO, CARLOS, *Derecho y Teoría Política en el proceso constituyente español*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.
- OTTO Y PARDO, IGNACIO DE, “La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional” en *El Tribunal Constitucional*, Tomo III, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981.
- PÉREZ ROYO, JAVIER, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- “Pacto de inserción”, diario *El País*, 19-09-2009, p. 17.
- *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Tecnos, Madrid, 1988.
- PIBERNAT DOMÉNECH, XAVIER, “La sentencia constitucional”, *Revista de Derecho Político*, nº 24, 1987, p. 57-85.
- PRIETO SANCHÍS, LUIS, “Notas sobre la interpretación constitucional”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 9, 1991, pp. 175-198.
- RUBIO LORENTE, FRANCISCO, “Seis tesis sobre la Jurisdicción Constitucional en Europa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 35, 1992.
- RUBIO LORENTE, FRANCISCO; ARAGÓN REYES, Manuel, “La Jurisdicción constitucional” en *La Constitución española de 1978* (dir. Predieri y García de Enterría), Civitas, Madrid, 1984.
- TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, “La Constitución y el Tribunal Constitucional” en *La Jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, Tribunal Constitucional- Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pp. 15-34.
- ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *La giustizia costituzionale*. Il Mulino, Bolonia, 1977.
- *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Trotta, Madrid, 2008.