

LAS MAYORÍAS REFORZADAS Y LA FORMACIÓN
DE LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES
(COMENTARIOS SOBRE LA ACTUALIDAD)

Pablo Lucas Murillo de la Cueva
Magistrado del Tribunal Supremo

SUMARIO

- 1. Algunos datos recientes.*
- 2. Las mayorías reforzadas en la designación de los miembros de los órganos de garantía atribuida a las asambleas legislativas.*
- 3. La perversión del sistema.*
- 4. En torno a posibles soluciones.*

1. Algunos datos recientes

El 10 de enero de 2011 el Boletín Oficial del Estado publicó los Reales Decretos que disponían el cese de cuatro magistrados del Tribunal Constitucional por expiración del plazo de nombramiento y los Reales Decretos por los que se nombra a quienes les sustitúan. El día 12 se constituyó el Tribunal Constitucional ya con sus nuevos miembros. Sin embargo, tal como hizo constar el magistrado que por razón de edad lo presidía, don Javier Delgado Barrio, esa constitución se produjo en una situación anómala.

Se refería a que no eran doce los magistrados que estaban componiendo el Tribunal en ese momento, sino solamente once, pues uno de los nombrados a propuesta del Congreso de los Diputados por Real Decreto 1219/2001, de 6 de noviembre (BOE del 7), don Roberto García-Calvo Montiel, falleció el 17 de mayo de 2008 sin que la cámara hubiera procedido a proponer a otro para sustituirle, conforme a lo previsto por el artículo 16.5 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Además, se daba la circunstancia de que el plazo del nombramiento de los otros tres magistrados nombrados a propuesta del Congreso de los Diputados, entre los cuales se hallaba el propio presidente de edad, había expirado el 8 de noviembre de 2010, por cumplirse en esa fecha los nueve años desde su toma de posesión. Cabe añadir, si bien a esto no se refería don Javier Delgado Barrio, que la situación cobraba unos caracteres todavía más llamativos a la vista de que los cuatro magistrados recién cesados vieron finalizado el plazo de nueve años para el que fueron nombrados en diciembre de 2007¹, pues fueron nombrados por Reales Decretos de 9 de diciembre de 1998, publicados en el Boletín Oficial del Estado del 10.

Todavía es posible apuntar otro rasgo que completa el conjunto de elementos significativos: la Ley Orgánica 8/2010, de 4 de noviembre, ha modificado el artículo 16.5 de la del Tribunal Constitucional para introducir en él esta previsión:

“Si hubiese retraso en la renovación por tercios de los Magistrados, a los nuevos que fuesen designados se les restará del mandato el tiempo de retraso en la renovación”.

1. Con la salvedad de que uno de ellos, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, fue nombrado por Real Decreto 1372/2002, de 19 de diciembre, en sustitución de don Fernando Garrido Falla y, conforme al artículo 16.5 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, por el tiempo restante del mandato de éste, uno de los nombrados a propuesta del Senado en diciembre de 1998, que renunció al cargo por motivos de salud.

De este modo, por vez primera desde que se constituyó el Tribunal Constitucional en 1980, cuatro magistrados designados, no para sustituir por el tiempo que le quedaba a otro que hubiera cesado anticipadamente, sino en virtud de una renovación ordinaria en su composición, han visto reducido el período para el que han sido nombrados: menos de seis años, frente a los nueve que según el artículo 159.3 de la Constitución debe durar. No es mi propósito detenerme en el análisis de la conformidad con el texto fundamental de esta reforma legal² realizada, según la exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/2010, “para facilitar la elección de los Magistrados del Tribunal Constitucional en los supuestos de cobertura de vacantes o renovación”. Me interesa solamente dejar constancia de la modificación por su directa relación con algunos de los problemas originados por la exigencia de mayorías cualificadas para la designación por las cámaras de quienes han de componer los órganos constitucionales.

Desde luego, se han producido con anterioridad retrasos en la renovación por tercios de los miembros del Tribunal Constitucional pero nunca por tanto tiempo como el que ha tardado el Senado en esta ocasión. No obstante, tampoco se puede decir que se trate de una situación nueva, pues la elección del sexto Consejo General del Poder Judicial se produjo también con notable retraso: casi de dos años. En efecto, constituido el quinto Consejo el 8 de noviembre de 2001, su mandato expiró cinco años después pero el actual no se constituyó hasta el 27 de septiembre de 2008.

El Defensor del Pueblo, aunque no sea como los anteriores un órgano colegiado, es otra institución que no se ha librado de períodos de interinidad a causa

2. El debate sobre la constitucionalidad de esta reforma se ha planteado, sin embargo, con toda viveza. Es particularmente significativo el título del artículo publicado en el diario *El Mundo* de 22 de octubre de 2010, por Enrique Gimbernat Ordeig: “Un crimen perfecto”. Crimen porque considera inconstitucional una norma legal que reduce el mandato de nueve años que la Constitución atribuye a los magistrados del Tribunal Constitucional. Perfecto, por no ser atacable ya que descarta que ninguno de los sujetos legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad lo haga, debido al consenso de las fuerzas políticas mayoritarias que permitió la aprobación de esta modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: eso excluye al Presidente del Gobierno y a los cincuenta diputados o cincuenta senadores. El Defensor del Pueblo no lo hará porque, dice, nunca ha cuestionado una ley aprobada por los dos grandes partidos. Los gobiernos y parlamentos autonómicos, prosigue, tampoco lo harán porque no pueden. No es imaginable, continúa, que un juez tenga que plantear cuestión de inconstitucionalidad al respecto y/o cabe el recurso de amparo porque el artículo 159.3 de la Constitución no está comprendido entre los preceptos que pueden fundamentarlo. Sin entrar en el fundamento de las apreciaciones del artículo, lo cierto es que han transcurrido ya, en el momento de escribir estas líneas, más de tres meses desde la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la Ley Orgánica 8/2010, sin que haya sido impugnada.

del retraso de las Cortes Generales en designarlo. En la actualidad, el cargo está vacante desde que cesó don Enrique Múgica Herzog el 20 de junio de 2010³. Pero ya conoció otros interregnos semejantes. Por ejemplo, cuando cesó don Álvaro Gil-Robles Gil Delgado en marzo de 1993 y no fue sustituido hasta diciembre de 1994 por don Fernando Álvarez de Miranda y Torres.

Estos datos, no exhaustivos pues pueden completarse con los relativos al Tribunal de Cuentas y a otros órganos previstos en diversas leyes, ponen de manifiesto la tendencia aparentemente creciente a que se atrase la designación de sus miembros cuando se encomienda a las Cortes Generales. En cambio, tal demora no se produce o es irrelevante por su brevedad cuando corresponde al Gobierno y al Consejo General del Poder Judicial: es lo que sucede con los dos magistrados del Tribunal Constitucional cuyo nombramiento ha de proponer cada uno. Tendencia que lo es a retrasos cada vez mayores.

Son diversos los problemas que desde la perspectiva constitucional suscitan estos hechos. No pretendo afrontarlos sino, solamente, esbozar algunas ideas a propósito de esta realidad. En particular, sobre la desnaturalización que supone de la opción del constituyente de atribuir al Congreso de los Diputados y al Senado un papel esencial en la integración de órganos constitucionales como el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial⁴ mediante mayorías cualificadas y del efecto pernicioso al que ha conducido la previsión por las correspondientes leyes orgánicas de la continuidad en sus funciones de los miembros de esos órganos tras la expiración del período para el que fueron nombrados.

3. A diferencia de lo que prevén las leyes orgánicas del Tribunal Constitucional para sus magistrados y del Poder Judicial para los miembros del Consejo General del Poder Judicial, la del Defensor del Pueblo no dispone la continuación en sus funciones del Defensor del Pueblo, una vez expirado el período para el que es nombrado hasta la toma de posesión del nuevo, sino su cese, pasando a ejercer interinamente el cargo el Adjunto Primero (artículo 5.4 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril).

4. Sabido es que el artículo 122.3 de la Constitución no encomienda a las Cortes la designación de todos los miembros del Consejo General del Poder Judicial, sino solamente de los ocho que han de ser designados entre juristas de reconocida competencia. No obstante, a los efectos de las consideraciones expuestas en el texto, no es necesario recordar la inacabable polémica sobre si los doce vocales que han de ser escogidos entre jueces y magistrados han de ser designados también por las Cámaras o si deben ser elegidos por los integrantes de la Carrera Judicial. Sobre el particular me remito a mis artículos “El gobierno del Poder Judicial: los modelos y el caso español”, *Revista de las Cortes Generales*, nº 35/1995, págs. 167 y ss. y “A vueltas con el Consejo General del Poder Judicial”, *Nuevas Políticas Públicas. Anuario Multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, nº 5/2009. Instituto Andaluz de Administración Pública, págs. 77 y ss. (www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/anuario/home.jsp).

2. Las mayorías reforzadas en la designación de los miembros de los órganos de garantía atribuida a las asambleas legislativas

Las Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial optaron por encomendar a las asambleas legislativas la designación de todos o de parte de los miembros de los órganos de garantía que contemplaban, particularmente de los Tribunales Constitucionales y de los órganos encargados de gobernar el Poder Judicial. Las que surgieron en los años setenta del siglo pasado tras las transiciones democráticas en el sur de Europa y las que nacieron en el este tras los acontecimientos que llevaron a la desaparición de la Unión Soviética en los años noventa recogieron esa solución también practicada en diversas repúblicas americanas. La idea de Justicia Constitucional prevista en la Constitución italiana de 1947 y en la Ley Fundamental de Bonn, aun con sus diferencias, y el modelo de gobierno de la judicatura diseñado en las Constituciones francesa de 1946 y 1958 y, sobre todo, en la italiana de 1947, tuvieron éxito. Tanto por su sentido y funcionalidad en el seno del Estado social de Derecho que entonces se construyó, como por descansar las normas que regulaban la composición y la formación de esos órganos en la colaboración de los demás que culminaban la estructura del Estado y, en especial, en el protagonismo de los Parlamentos a los que, además, se les encomendó en diversas experiencias constitucionales que adoptaran sus decisiones sobre estas designaciones por mayorías cualificadas.

Puede decirse que, en general, hasta ahora, la valoración de la actuación de esos órganos constitucionales ha sido dispar. Mientras que los Tribunales Constitucionales han merecido un juicio, en general, favorable no ha sucedido lo mismo con los órganos de gobierno del Poder Judicial, de ordinario objeto de polémicas sobre la politización de sus miembros, sobre el corporativismo expresado por las asociaciones judiciales y sobre sus facultades de gobierno sobre los jueces, todo ello en estrecha relación con el método de designación de sus miembros, ya sea parlamentario o de otro tipo. No obstante, en el caso de los Tribunales Constitucionales, la tacha de contaminación política, mejor dicho partidista, de sus magistrados no se ha expresado con la intensidad con que se ha esgrimido respecto de los integrantes de los Consejos de la Magistratura y, como acabo de decir, predomina el reconocimiento de la tarea que han hecho así como de la valía de quienes han sido nombrados para formar parte de ellos.

Se ha producido, así, la paradoja de que lo que parece haber sido bueno para el Tribunal Constitucional, no lo ha sido o no se ha creído que debiera serlo para los Consejos de la Magistratura. Aunque fenómenos parecidos se han dado también en Italia y Portugal, la experiencia española es bien ilustrativa de lo

que digo. En efecto, si dejamos aparte los episodios producidos en torno a los recursos de inconstitucionalidad contra el Estatuto de Autonomía de Cataluña, que son la excepción y que guardan más relación con factores externos al propio Tribunal que con su actuación, no se ha cuestionado sistemáticamente la labor realizada por el intérprete supremo de la Constitución. Por el contrario, insisto, es, en general, apreciada.

Por fuerza, la valoración favorable de la forma en que ha garantizado la supremacía del texto fundamental se extiende a sus miembros, aunque algunos de ellos en determinados momentos, como sucede a quienes desempeñan cargos públicos relevantes, hayan sido objeto de dura crítica en distintas esferas de la opinión pública.

Pues bien, como es sabido, ocho de los doce magistrados del Tribunal Constitucional son designados por las Cortes Generales: cuatro por el Congreso de los Diputados y cuatro por el Senado, en ambos casos por mayoría de tres quintos, la misma que se exige para la reforma constitucional ordinaria. También es conocido que, cuando en 1985 se modificó el procedimiento de designación de los vocales del Consejo General del Poder Judicial, al prever la Ley Orgánica del Poder Judicial que la hicieran en su totalidad las Cortes Generales, se extendió la regla de mayoría de tres quintos impuesta por el artículo 122.3 para la elección de los ocho que han de ser escogidos entre juristas de reconocida competencia también a la elección de los doce que han de proceder de la Carrera Judicial. Y es notorio que ese cambio recibió acerbas críticas. Y resulta llamativo que, al resolver el recurso de inconstitucionalidad que, entre otros extremos, cuestionaba ese cambio, el propio Tribunal Constitucional en su sentencia 108/1986 advirtiera que la aplicación del mismo procedimiento seguido para designar a dos tercios de sus componentes a la selección de los vocales del Consejo General del Poder Judicial podía llevar a este órgano las divisiones políticas existentes en la sociedad⁵. Es verdad que, también,

5. “Que esta finalidad se alcanza más fácilmente atribuyendo a los propios Jueces y Magistrados la facultad de elegir a 12 de los miembros del Consejo General del Poder Judicial es cosa que ofrece poca duda; pero ni cabe ignorar el riesgo, también expresado por algunos miembros de las Cortes que aprobaron la Constitución, de que el procedimiento electoral traspase al seno de la Carrera Judicial las divisiones ideológicas existentes en la sociedad (con lo que el efecto conseguido sería distinto del perseguido) ni, sobre todo, puede afirmarse que tal finalidad se vea absolutamente negada al adoptarse otro procedimiento y, en especial, el de atribuir también a las Cortes la facultad de propuesta de los miembros del Consejo procedentes del Cuerpo de Jueces y Magistrados, máxime cuando la Ley adopta ciertas cautelas, como es la de exigir una mayoría calificada de tres quintos en cada Cámara (art. 112.3 LOPJ). Ciertamente, se corre el riesgo de frustrar la finalidad señalada de la Norma constitucional si las Cámaras, a la hora de efectuar sus propuestas, olvidan el objetivo perseguido y, actuando con

reconoció que la extensión de la mayoría reforzada a todas las designaciones era una cautela frente a ese riesgo, pero no lo dijo con demasiada convicción pues, aunque no consideró que el nuevo método contradijera la Constitución, sí aconsejó enfáticamente su sustitución.

Ciertamente, esos *obiter dicta* iban acompañados de otros que descartaban que la Constitución exigiera el autogobierno judicial o atribuyera carácter representativo⁶ al Consejo General del Poder Judicial⁷. No obstante, la primera advertencia ha suministrado abundante munición a quienes se oponían al cambio introducido por el legislador, mientras que la segunda ha quedado en segundo plano. Sin perjuicio, de reconocer que la experiencia del Consejo General del Poder Judicial no ha sido especialmente satisfactoria en ninguna de las tres

critérios admisibles en otros terrenos, pero no en éste, atiendan sólo a la división de fuerzas existente en su propio seno y distribuyen los puestos a cubrir entre los distintos partidos, en proporción a la fuerza parlamentaria de éstos. La lógica del Estado de partidos empuja a actuaciones de este género, pero esa misma lógica obliga a mantener al margen de la lucha de partidos ciertos ámbitos de poder y entre ellos, y señaladamente, el Poder Judicial”(fundamento 13°).

6. “Tampoco cabe admitir el carácter representativo que los recurrentes atribuyen al Consejo y sobre el cual ya tuvo ocasión de pronunciarse este Tribunal en su S 47/1986 de 17 abril, por lo que aquí es suficiente recordar que ese carácter ni se reconoce en el Texto constitucional, ni se desprende de forma necesaria de la naturaleza del Consejo, al no ser éste, como se ha dicho, órgano de una supuesta autoorganización de los Jueces” (fundamento 9°).

7. “Las consideraciones anteriores permiten entrar en lo que es realmente en este punto el meollo de las alegaciones de los recurrentes, y que consiste en sostener que la independencia judicial y la existencia constitucional del Consejo comportan el reconocimiento por la Constitución de una autonomía de la Judicatura, entendida como conjunto de todos los Magistrados y Jueces de carrera, y, en consecuencia, la facultad de autogobierno de ese conjunto de Magistrados y Jueces cuyo órgano sería precisamente el Consejo. Pero ni tal autonomía y facultad de autogobierno se reconocen en la Constitución ni se derivan lógicamente de la existencia, composición y funciones del Consejo. Para llegar a la primera conclusión basta la simple lectura del Texto constitucional, en el que, como se ha dicho, lo que se consagra es la independencia de cada Juez a la hora de impartir justicia, sin que la calidad de “integrantes o miembros” del Poder Judicial que se les atribuye en preceptos ya citados tenga otro alcance que el de señalar que sólo los Jueces, individualmente o agrupados en órganos colegiados, pueden ejercer jurisdicción “juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado”. Tampoco se impone la existencia de un autogobierno de los Jueces de una deducción lógica de la regulación constitucional del Consejo. Como se ha dicho, lo único que resulta de esa regulación es que ha querido crear un órgano autónomo que desempeñe determinadas funciones, cuya asunción por el Gobierno podría enturbiar la imagen de la independencia judicial, pero sin que de ello se derive que ese órgano sea expresión del autogobierno de los Jueces. La Constitución obliga, ciertamente, a que 12 de sus Vocales sean elegidos “entre” Jueces y Magistrados de todas las categorías, mas esta condición tiene como principal finalidad que un número mayoritario de Vocales del Consejo tengan criterio propio por experiencia directa sobre los problemas que los titulares de los órganos judiciales afrontan en su quehacer diario, de la misma forma que, al asignar los restantes 8 puestos a Abogados y otros juristas de reconocida competencia con más de 15 años de ejercicio en su profesión, se busca que aporten su experiencia personas conocedoras del funcionamiento de la justicia desde otros puntos de vista distintos del de quienes la administran” (fundamento 8°).

alternativas hasta ahora ensayadas⁸, puede parecer sorprendente que el Tribunal Constitucional llamara la atención sobre el peligro derivado del uso para formar el Consejo del mismo procedimiento que sirve para designar a los dos tercios de sus componentes.

El Consejo General del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional son bien diferentes en su composición y funciones. No obstante, uno y otro se cuentan entre las principales novedades que el texto de 1978 trajo a la configuración de los órganos constitucionales conocida en nuestro Derecho histórico. Novedades que, como decía antes, son características del constitucionalismo posterior a 1945. Y tienen en común ser instituciones de garantía: de cometido más específico el Consejo General del Poder Judicial, ya que su razón de ser es la más plena realización de la independencia de los jueces y magistrados, mientras que el Tribunal Constitucional es la clave de bóveda de todo el sistema trazado por los constituyentes. Pero ambos se dirigen a brindar la mayor garantía que es posible ofrecer en Derecho a los ciudadanos, bien asegurando la posición de independencia de quienes están llamados a tutelar sus derechos e intereses legítimos, bien a preservar la supremacía de la Constitución, la fuerza vinculante que es propia de los derechos fundamentales y la distribución del poder hecha por los constituyentes. Por tanto, tratándose de órganos de garantía de contenidos tan esenciales, no parece, en principio, desacertado que sean las Cortes Generales, que representan al pueblo del que emana la justicia, las que se encarguen, dentro de un marco objetivo, de escoger a las personas que han de encargarse de prestarla.

Al menos eso es lo que hay que deducir del texto de la propia Constitución. Marco objetivo que comprende, en primer lugar, la exigencia de unos requisitos mínimos de capacidad en quienes deban ser designados y de un amplio consenso parlamentario para efectuar esa designación. Así, el artículo 122.3 limita la posibilidad de ser designado vocal del Consejo General del Poder Judicial a los abogados y otros juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional y a los jueces y magistrados de todas las categorías judiciales, a los cuales, por haber adquirido su condición de miembros de Carrera Judicial se les reconoce también esa competencia jurídica. Otro tanto hace el artículo 159.2, aunque sea más explícito sobre la condición técnica que han de poseer los magistrados del Tribunal Constitucional. En efecto, dice que han de ser

8. La prevista en la Ley Orgánica 1/1980, de 10 de enero, del Consejo General del Poder Judicial, la establecida en la Ley Orgánica del Poder Judicial y la modificación operada en ésta por la Ley Orgánica 2/2001, de 28 de junio. Me remito al respecto a mi trabajo "A vueltas con el Consejo General del Poder Judicial", cit. págs. 80 y ss.

nombrados entre magistrados, fiscales, profesores de Universidad, funcionarios públicos y abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional.

Así, pues, en ambos casos, la Constitución impone unos requisitos de aptitud o capacidad que descansan en cuatro elementos reglados aunque uno de ellos, el cuarto, tenga una naturaleza indeterminada: (a) la licenciatura en Derecho sin la cual no puede darse la condición de jurista; (b) el ejercicio de cualquiera de las profesiones jurídicas; (c) una experiencia profesional mínima suficientemente dilatada para asegurar la madurez necesaria⁹, (d) la excelencia que implica la reconocida competencia¹⁰. A ellos se les ha de añadir un quinto elemento de naturaleza discrecional: (e) la idoneidad que les ha de reconocer libremente la cámara de las Cortes Generales a la que corresponda la elección.

Delimitado de este modo el universo dentro del que las cámaras han de efectuar su elección, la Constitución completa ese marco al que me refería imponiéndoles la obligación de decidir por mayoría de tres quintos: así lo disponen el artículo 122.3 y el artículo 159.1. Insisto en que es la misma que requiere para la reforma constitucional ordinaria el artículo 167.1, lo que confirma la importancia que atribuye a la elección de los vocales del Consejo General del Poder Judicial y de los magistrados del Tribunal Constitucional. Importancia que enlaza con la posición que ha asignado a esos órganos en la arquitectura del Estado de Derecho construido por los constituyentes.

No cuesta, tampoco ningún esfuerzo, advertir que la imposición de esta mayoría cualificada, al igual que en todos los casos en que se recurre a las de este tipo, obedece al propósito de sustraer a la mayoría gobernante la elección de quienes van a desempeñar cargos tan relevantes. Y, si se le sustrae es porque no se quiere que sea una elección de parte, sino compartida porque la tarea que corresponde al Consejo General del Poder Judicial y al Tribunal Constitucional es distinta de la que es propia de las Cortes Generales. No tiene que ver con la orientación política de la mayoría parlamentaria surgida del sufragio de los ciudadanos que sostiene y controla al Gobierno y traduce en leyes sus directrices políticas sino con el ejercicio autónomo de las funciones constitucionales propias de estos órganos. Y ni la garantía de la

9. Obviamente, este requisito no rige para los doce vocales que han de ser nombrados entre jueces y magistrados de todas las categorías judiciales. No obstante, esta diferencia puntual no es relevante a los efectos de las ideas que se desarrollan en el texto.

10. En el caso de los vocales de procedencia judicial, la superación de las pruebas selectivas para el ingreso en la Carrera Judicial cubre este flanco.

independencia del Poder Judicial ni la defensa de la supremacía de la Constitución exigen que los vocales y los magistrados sean expresión de esa mayoría que basta para gobernar. La exigencia de consenso suprapartidario que implica la regla de los tres quintos queda bien de manifiesto si se tiene en cuenta que, ni siquiera en la II Legislatura, cuando el Partido Socialista Obrero Español logró 202 escaños en el Congreso de los Diputados en las elecciones del 28 de octubre de 1982, llegó a hacerse con esa mayoría, situada en los 210.

La necesaria, para la Constitución, cuando de nombrar a vocales del Consejo General del Poder Judicial y a magistrados del Tribunal Constitucional se trata es la que comprende a quienes sostienen al gobierno y a quienes forman la parte principal de la oposición. La que expresa el amplio consenso parlamentario que implican los tres quintos sobre un doble aspecto: de un lado, la cualidad profesional de los elegidos, de otro, su idoneidad personal para el cargo. Es decir, la última de las condiciones antes señaladas que han de reunir quienes vayan a ser nombrados para estos cargos. Tal idoneidad hace referencia, no a la militancia en las filas ideológicas de uno u otro grupo parlamentario y, mucho menos, a su disposición a subordinarse a directrices o instrucciones excluidas expresamente por las leyes: artículos 119.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 22 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Es, por el contrario, la relacionada con la coincidencia de tan amplia y heterogénea mayoría parlamentaria sobre la elección de un candidato. Dicho de otro modo, es la que resulta de su aceptación por todos. Aceptación, a su vez, determinada no sólo –y puede que no tanto– por su excelencia profesional sino por la aptitud que le reconocen unos y otros para integrarse en tan relevantes colegios y actuar dentro de ellos con lealtad institucional y con espíritu constructivo sin perjuicio de las diferencias que resulten de la distinta procedencia profesional de los nombrados ni de sus preferencias políticas o afinidades ideológicas que, naturalmente, no están proscritas, pero que no pueden ser el factor determinante de la elección.

En realidad, la mutua aceptación de los elegidos impuesta por la regla de los tres quintos debe servir para conjurar la tentación de llevar a partidarios a las instituciones. Al fin y al cabo, tiene la doble virtualidad de servir para apoyar a los que, además de reunir los requisitos reglados, son reconocidos como idóneos por sus caracteres personales, para desempeñar el cargo de vocal del Consejo General del Poder Judicial o de magistrado del Tribunal Constitucional. Y para excluir a quienes puedan ser propuestos pero carezcan de los requisitos o no merezcan esa confianza de todos los llamados a hacer la designación.

Seguramente, expresa bien de qué estamos hablando el siguiente ejemplo aunque se produjera en un ordenamiento que descansa sobre una interpretación del principio de la separación de poderes distinta a la del nuestro. Me refiero al proceso de nombramiento –frustrado por no obtener el consentimiento del Senado el 23 de octubre de 1987– como juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Robert H. Bork, propuesto por el presidente Ronald Reagan. Entonces, el senador Edward Kennedy dijo, entre otras cosas, al expresar la oposición de los senadores demócratas, que Sr. Bork debería ser rechazado por el Senado “porque mantiene un punto de vista extremista sobre la Constitución y sobre el papel del Tribunal Supremo que le sitúa fuera de la corriente de la jurisprudencia americana” y porque “en el delicado equilibrio actual del Tribunal Supremo su rígida ideología inclinaría la balanza de la justicia contra la clase de país que es América y que debería ser”¹¹.

Pues bien, dejando al margen el fundamento real de las imputaciones que se hicieron en aquella ocasión al designado por el presidente de los Estados Unidos, creo que vale la idea expresada entonces: se trata, precisamente, de evitar que lleguen a instituciones como las que nos ocupan quienes mantienen unas posiciones tan extremas o excesivas sobre los fundamentos sobre los que descansa el ordenamiento constitucional que les alejan, ya de antemano, de la objetividad exigida para el desempeño de estos cargos. O quienes, en lugar de distinguirse por sus méritos profesionales se han acreditado como exponentes o defensores de una determinada línea de actuación política ya que, también entonces, se vería comprometida la apariencia de independencia e imparcialidad que deben distinguir a los que ejercen como vocales o magistrados constitucionales.

El consenso de los adversarios debería neutralizar la confrontación partidista en estos casos, creando, así, a la vez que permite el nombramiento de vocales y magistrados, un clima de reconocimiento y confianza adecuado para fortalecer la autoridad que necesitan mantener el Consejo General del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. Y si este objetivo se está alcanzando en los nombramientos para este último, de igual modo debe poder alcanzarse en los correspondientes al primero. En definitiva, el procedimiento no sólo es susceptible de funcionar bien, sino que lo ha hecho efectivamente. Por tanto, no cuesta trabajo concluir que se ha de poner el mismo cuidado en todos los casos, para que mediante buenas elecciones, mediante la elección de buenos candidatos, no sólo se asegure el buen funcionamiento de estos órganos constitucionales sino también se evite la descalificación de sus integrantes.

11. Se trata del discurso que pronunció en la sesión del Senado del 23 de octubre de 1987.

3. *La perversión del sistema*

El buen funcionamiento de este mecanismo requiere de importantes dosis de lealtad y de sentido de la responsabilidad y del Estado, en definitiva de sentimiento constitucional¹², en los diputados y senadores y, en especial, de quienes dirigen los grupos parlamentarios. Es decir, en último término, de quienes están al frente de los partidos políticos que conforman esa mayoría de tres quintos que ha de concurrir para que puedan efectuarse los nombramientos. Lamentablemente, no siempre está entre sus prioridades proceder en tiempo a las designaciones correspondientes de quienes han de ser nombrados vocales del Consejo General del Poder Judicial o magistrados del Tribunal Constitucional, tal como demuestra la experiencia. O procurar que se alcance dentro de plazo el acuerdo que franquea las designaciones a partir de las premisas indicadas con la propuesta de candidatos indiscutidos.

En efecto, las demoras han venido acompañadas de otro fenómeno: la exigencia de mayorías reforzadas ha dado lugar a que, en vez de esforzarse los grupos parlamentarios concernidos en seleccionar candidatos susceptibles de recibir por sus cualidades profesionales e idoneidad personal el apoyo de todos los miembros o, al menos, de los tres quintos de la cámara llamada a realizar la designación, se ha extendido la práctica de las llamadas cuotas. Es decir, de la distribución de los puestos a cubrir de tal modo que, en función de la relación de fuerza, o sea del número de diputados o de senadores de cada uno de los principales grupos, se reservan la elección de un número determinado de vocales o magistrados.

A esta práctica –que, por sí sola, no sería decisiva para desnaturalizar el sistema– se le añaden, sin embargo, unos rasgos que sí producen ese efecto. Me refiero a que, a menudo, esas cuotas son ciegas o incondicionadas porque los grupos concernidos no discuten las propuestas de sus adversarios sino que se limitan a aceptarlas a condición de que sean aceptadas las suyas. En este caso, sin perjuicio de que los elegidos deban ser juristas de reconocida competencia con los años de ejercicio requeridos o miembros de la Carrera Judicial, el procedimiento de selección les marca con una señal de proximidad a la formación que les propone, con lo cual se abre un flanco a la crítica que denuncia la politización del nombramiento y a sus actuaciones futuras en el seno del órgano constitucional que, inevitablemente, serán presentadas y valoradas no en función de los argumentos

12. O sea de ese vínculo moral que une a los ciudadanos con las instituciones, según decía Pellegrino Rossi Cfr. Pablo Lucas Verdú, *El sentimiento constitucional*. Reus, Madrid, 1985.

jurídicos que las sustenten, sino desde la perspectiva ofrecida por ese sesgo de partida.

El otro elemento que completa la desnaturalización del sistema es el del bloqueo que se produce cuando queda pospuesta *sine die* la designación por falta de acuerdo parlamentario, circunstancia que puede deberse a que uno de los grupos cuyo apoyo es imprescindible considere inaceptables uno o varios de los candidatos propuestos por el otro o, simplemente, no le interese que cambie la composición existente del órgano constitucional. Esto sucederá si tiene a la actual por más favorable a sus puntos de vista que la que haya de venir bien porque, por ejemplo, es ahora distinta la mayoría de la cámara y le corresponde proponer a menos que los que tocan al otro grupo, bien porque, sencillamente, entienda que, en todo caso, perjudica al adversario el mantenimiento de la situación.

En los supuestos de falta de acuerdo parlamentario y de subsiguiente incumplimiento de los plazos constitucionalmente impuestos para la renovación del órgano, no hay, en principio, problemas desde el punto de vista de las funciones que le corresponden porque tanto la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 115.2) como la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (artículo 17.2) prevén expresamente que continúen desempeñando sus funciones hasta la toma de posesión de quienes han de sustituirles los miembros del Consejo General del Poder Judicial saliente y los magistrados cuyo período de nombramiento haya expirado. Precisamente, por esto, los grupos parlamentarios no han manifestado especial preocupación por cumplir los plazos: saben que está asegurado el funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial y el del Tribunal Constitucional, en el cual, además, al ser las renovaciones parciales, por terceras partes cada tres años, las dificultades son menores que en el caso del órgano de gobierno del Poder Judicial, que se renueva en su totalidad.

Recientemente se ha visto en esta prórroga un factor decisivo para la perpetuación de las anomalías que se describen y, por eso, y por entender que no hay en nuestro ordenamiento constitucional un principio general que imponga la *prorrogatio* de estos y otros órganos, ya que ha sido establecida por el legislador, se ha propuesto su supresión a través de las oportunas modificaciones legales¹³. La desaparición de esa especie de seguro en que consiste la permanencia en sus puestos de quienes debieron ser sustituidos forzaría, según esta tesis, a los grupos parlamentarios a

13. Juan Alfonso Santamaría Pastor, “La *prorrogatio* de los órganos constitucionales. Apuntes mínimos sobre un tema que no lo es”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº. 84/2008, págs. 11 y ss.

efectuar las designaciones en tiempo para evitar la parálisis de estos órganos. Otras opiniones surgidas a propósito de la anterior, coincidiendo con ella en lo sustancial, han matizado la propuesta en el sentido de que debería acompañarse de medidas complementarias que distingan entre el Consejo General del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, dada la diferente naturaleza de sus cometidos. Así, para el primero, sugieren que se limite la prórroga a los miembros de la Comisión Permanente para que quede garantizada la imprescindible continuidad de su labor de gobierno de la judicatura y, para el segundo, que se le vede, mientras siga incompleto, tomar decisiones en orden a resolver recursos de inconstitucionalidad para sentar nueva doctrina o conflictos de competencia¹⁴.

Me parece dudoso que, aún suprimida la previsión legislativa que dispone la prórroga del mandato de vocales y magistrados, los grupos parlamentarios necesarios para formar la mayoría de tres quintos exigida constitucionalmente se sintieran compelidos a cumplir con el deber que les impone el texto fundamental. O, al menos, que sirviera para que lo hicieran de inmediato.

Contribuyen a esa duda, de un lado, el hecho de que se ha abierto hace tiempo un frente judicial en la confrontación política partidista. Hoy en día los partidos se sirven, además de las que podemos llamar armas tradicionales o típicas de la contienda política democrática (debates, reuniones, manifestaciones, expresión de la crítica política, presentación de alternativas, actividad en las asambleas legislativas, dirección política cuando gobiernan), de las propiamente judiciales: las denuncias, querrelas y recursos de toda clase, tanto en la jurisdicción ordinaria como en la constitucional, se cuentan entre los instrumentos de que se sirven en su competencia por el poder político. Y, por consiguiente, quieren tener la presencia que la Constitución les permite en esos ámbitos. No es mucha, desde luego, pero sí creen que les sirve, a tal efecto, que la composición del Consejo General del Poder Judicial sea una y no otra y que en el Tribunal Constitucional haya unos y no otros magistrados.

La independencia que la Constitución predica para jueces y magistrados y les asegura y el estatuto que la garantiza a los vocales y a los magistrados del Tribunal Constitucional, además de la integridad de las personas, que no debe descartarse, limitan mucho esa pretensión partidista de influir en los órganos constitucionales. No obstante, lo decisivo es que consideran que batallar por su

14. Luis Aguiar de Luque, Una nueva reflexión sobre la *prorrogatio* de los órganos constitucionales. Una discrepancia y algunas puntualizaciones a J.A: Santamaría”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 85/2009, págs. 83 y ss.

composición les da posibilidades de incidir en su actividad y esa creencia es suficiente para que persistan en su actitud que se ve, en todo caso, impulsada por la propensión de los partidos a hacerse presentes en todos los ámbitos en los que se dirimen cuestiones de poder.

Junto a estas apreciaciones, están algunos datos de la experiencia habida en relación con el Consejo General del Poder Judicial. Me refiero a la producida con su tercera composición (1990-1996). De sus veintiún miembros, entre 1992 y 1994, bien por renunciaciones para ser nombrados para otros cargos, bien por fallecimiento, quedó reducido a quince miembros. La Ley Orgánica del Poder Judicial exigía entonces¹⁵ un *quórum* de presencia de catorce miembros para que pudiera tomar decisiones. Sucedió, sin embargo, que en el mes de julio de 1994 el viaje oficial de uno de ellos y la enfermedad inesperada de otro impidió que se reuniera el Pleno y debieron pasar todavía varios meses hasta que en octubre de 1994 se cubrieran las seis vacantes. Es decir que esa situación casi límite no incitó a las Cortes Generales a proveer a la designación de vocales y, ya verificada la imposibilidad de reunir al Pleno por la simple conjunción de dos circunstancias menores, se tomaron su tiempo para efectuarla. Aún durante ese Consejo, en 1995 falleció otro vocal y renunciaron dos más, uno para ser nombrado magistrado del Tribunal Constitucional y otro magistrado del Tribunal Supremo. Sólo uno fue sustituido por un vocal que terminó siendo suspendido en sus funciones y condenado por prevaricación. Mientras tanto, una vez celebradas las elecciones generales de 1996 y constituidas las cámaras surgidas de ellas, el Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial aceptó la renuncia de otros seis vocales, con lo que ya no se pudo reunir más el Pleno. Sin embargo, producidas estas renunciaciones el 30 de marzo de 1996, el nuevo Consejo General del Poder Judicial no fue elegido hasta el 21 de julio siguiente.

A todo ello, se puede añadir que en el quinto Consejo General del Poder Judicial (2001-2008) no fueron sustituidos sus vocales, don Fernando Fernández Martín, fallecido, y don José Antonio Alonso Suárez, que renunció para ser nombrado para otro cargo. Y que don Roberto García-Calvo Montiel no ha sido sustituido en el Tribunal Constitucional.

15. Artículo 129. En la actualidad y desde la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, que modificó la del Poder Judicial, el artículo 137.1 establece que, a falta de ese número legal, en segunda convocatoria bastará para constituir el órgano el establecido para los órganos colegiados por la legislación común de régimen jurídico de las Administraciones Públicas. O sea, más de la mitad de sus miembros, según el artículo 26.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Todo esto no ayuda a alcanzar conclusiones diferentes de la expresada. Ni lo hace la solución seguida en la reciente modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de reducir el plazo de nombramiento de sus magistrados que, en vez de por nueve años, lo serán, al menos, en plenitud por el tiempo que reste, una vez descontado el consumido por las cámaras en efectuar la designación.

Mucho me temo que, de suprimirse la prórroga actualmente prevista, se correría el riesgo de una progresiva disminución del número de los componentes de estos órganos hasta llegar a su inoperancia, según fueran renunciando o la enfermedad u otras circunstancias les impidieran ejercer sus funciones. Situación que terminaría siendo mucho más perjudicial para las instituciones que la actual ya bastante mala, porque vendría a ser como una suerte de paulatina extinción de los órganos constitucionales.

4. En torno a posibles soluciones

Es cierto que escenarios como el que se ha descrito no son exclusivos de la vida política española. Los retrasos en la renovación, especialmente, de los miembros de los Tribunales Constitucionales no son desconocidos en otras experiencias. Tampoco es privativa de España la propensión a que las propuestas parlamentarias para los nombramientos de los integrantes de los Consejos de la Magistratura y de los órganos que ejercen la Justicia Constitucional respondan a cuotas preestablecidas entre las formaciones políticas que contribuyen a la composición de las mayorías cualificadas necesarias.

Es igualmente cierto que no hay soluciones normativas comunes, ni siquiera extendidas. Más bien la pauta que prevalece es la contraria, la ausencia de reglas para poner fin a los retrasos¹⁶. En fin, es asimismo verdad que la extensión de una enfermedad no es razón para no buscar la forma de tratarla y superarla.

Desde el punto de vista teórico es relativamente fácil enunciar algunas ideas en torno a las que podría resolverse el problema. Debería bastar la apelación al cumplimiento de la Constitución y de las leyes, al que quienes componen las Cortes Generales deberían ser especialmente sensibles. Sin embargo, está claro

16. En el documento elaborado por el Servicio de Estudios, Biblioteca y Documentación del Tribunal Constitucional, "Modelos de renovación personal de Tribunales Constitucionales", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 61/2001, págs. 209 y ss., se da cuenta de las diversas soluciones ensayadas al respecto. De la mencionada en el texto da cuenta en las págs. 223 y 224.

que no es suficiente. Por la misma razón, tampoco cabe esperar que se establezca un pacto o convención constitucional que asegure la pronta renovación de los órganos constitucionales porque falta el presupuesto para ello: una relación de confianza básica entre los actores principales de la vida política en el marco de la cual puedan afrontarse y resolverse las que han venido en llamarse cuestiones de Estado, entre las que se cuenta, sin duda, la puntual renovación de los órganos constitucionales.

Están, ciertamente, lejos los días del consenso constituyente y de su prolongación durante los primeros años de vigencia del texto de 1978 para aprobar los estatutos de autonomía y las principales leyes orgánicas. El título de un reciente libro expresa con acierto el cambio que hemos experimentado: el paso del consenso constituyente al conflicto permanente¹⁷ expresado, entre otros ámbitos, en la provisión de las vacantes en el Tribunal Constitucional y en el Consejo General del Poder Judicial¹⁸.

Excluidas esas dos posibilidades, a la luz de la experiencia habida y dadas las limitaciones que a la intervención legislativa en esta materia impone la Constitución, está claro que la única forma de superar definitivamente el problema sería la de introducir en el texto fundamental previsiones expresas al respecto. Me refiero a normas que regulasen directamente –o autorizaran expresamente al legislador a hacerlo– la provisión de esos cargos si, en un plazo prudente por ellas predeterminado, las cámaras no hubieran procedido a cubrirlos. Y el método tendría que ser de tal naturaleza que no permitiera hacer cálculos anticipados sobre posibles beneficiados de la operación. Seguramente, a través del sorteo entre una relación amplia de sujetos (magistrados eméritos del Tribunal Constitucional, ex vocales del Consejo General del Poder Judicial, según se trate de uno u otro órgano, magistrados y fiscales de Sala del Tribunal Supremo, abogados, catedráticos de Universidad, funcionarios de determinados cuerpos, etc.) se lograría el objetivo.

Naturalmente, no creo que haya ninguna posibilidad de que se modifique la Constitución para introducir reglas como éstas o, simplemente, la habilitación a las Cortes Generales para establecerlas, visto que hasta ahora no se ha conseguido más acuerdo para reformarla que el exigido en 1992 para ratificar el Tratado de Maastricht mediante una mínima modificación de su artículo 13.2. La posibilidad

17. Oscar Alzaga, *Del consenso constituyente al conflicto permanente*. Editorial Trotta, Madrid, 2011.

18. *Ibidem*, págs 82 y ss.

de incluirlas, a falta de esa autorización constitucional, en las correspondientes leyes orgánicas, aun suponiendo que alguna mayoría parlamentaria quisiera dar pasos como el mencionado, encontraría el obstáculo de los artículos 122.3 –para los vocales juristas– y 159.1. La pregunta a responder entonces es si esos preceptos impiden desapoderar al Congreso y al Senado de las facultades que les atribuyen o, si la falta de ejercicio de las mismas en los plazos establecidos, justifica la utilización de un procedimiento alternativo de carácter objetivo, aprobado por las propias Cortes Generales.

Creo que convendría reflexionar sobre esta idea que, ciertamente, va más allá de la ensayada en Alemania. En este país la Ley Fundamental de Bonn encomienda al *Bundestag* y al *Bundesrat* la designación de los miembros del Tribunal de Karlsruhe y el artículo 7 bis de la Ley que lo regula ha previsto que, de haber más de dos meses de retraso en la renovación, la cámara a la que corresponda podrá pedir al Tribunal Constitucional la sugerencia, no vinculante, de tres candidatos, expediente, por lo demás, no siempre utilizado y que, cuando se ha seguido, no en todas las ocasiones ha supuesto que se atendiera esa sugerencia¹⁹.

No debemos descartar que, gracias al debate sobre propuestas concretas dirigidas a asegurar el cumplimiento de los plazos en el nombramiento de los titulares de los órganos constitucionales que han de ser designados por las Cortes Generales, termine generándose un estado de opinión que conduzca a los resultados deseados, bien porque prosperen los argumentos que las sustentan y se instaure la práctica de hacer las cosas cuando deben ser hechas, bien porque se opte por aprobar normas específicas al respecto.

A la postre, todo se reduce a que los partidos políticos mayoritarios, los únicos capaces de formar las mayorías reforzadas necesarias, perciban que no les compensa mantener comportamientos que, además de no respetar los tiempos exigidos por la Constitución, tampoco se ajustan a la finalidad para la que fueron establecidas esas mayorías. Y puede suceder que, gracias a debates como el que está planteado, acaben comprobando que, cumpliendo los plazos aun cuando se distribuyan la formulación de propuestas, y colaborando lealmente en encontrar candidatos aceptables para todos, la eventual pérdida de poder que crean experimentar, quedará compensada por la evitación del deterioro que les causan, también a ellos, hechos como los que han dado pie a estas líneas.

19. “Modelos de renovación personal de Tribunales Constitucionales”, cit. págs. 223 y 224.

De otro modo, seguiremos contemplando situaciones como la vivida recientemente y asistiremos a procesos que, aunque no se busque ese resultado, contribuirán a erosionar la imagen de unos órganos creados por la Constitución para perfeccionar y culminar el Estado de Derecho por ella establecido.

Resumen

En la designación de los miembros de los órganos constitucionales encomendada a las asambleas legislativas mediante mayorías calificadas se producen habitualmente disfunciones. Las más comunes son, en primer lugar, la distribución entre los principales grupos parlamentarios de cuotas de manera que cada uno elige a sus candidatos y el otro los acepta a cambio de que sean aceptados los suyos y, en segundo término, el incumplimiento de los plazos establecidos para proceder a la sustitución de los miembros de esos órganos cuyo período de nombramiento haya expirado. La conjunción de ambas prácticas es causa de deterioro institucional. No obstante, pese a ser un problema extendido en los ordenamientos constitucionales contemporáneos, no se han encontrado remedios eficaces para superarlo. Se ha sugerido que podría servir la supresión de la *pro-rrogatio* prevista legislativamente pero no es seguro que sea útil al efecto. Otra solución sería establecer un sistema alternativo, de carácter objetivo, para el caso de que transcurra el tiempo previsto sin que se hayan realizado las designaciones aunque es muy difícil que prospere esta propuesta. En todo caso, el debate sobre la cuestión ayudará a crear un clima tendente a persuadir a los grupos políticos de que les conviene respetar las previsiones constitucionales sobre el momento de la designación y la cualidad que han de tener los nombrados.