

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTE LA PARTICIPACIÓN AUTONÓMICA EN EL NOMBRAMIENTO DE SUS MIEMBROS

Joaquín Urías

Profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla

SUMARIO: 1. Antecedentes inmediatos: una crónica político-jurídica. – 1.1. La reforma de la LOTC para introducir la participación autonómica en la designación de magistrados constitucionales. – 1.2. Las complicaciones “procesales” previas a las Sentencias sobre la LO 6/2007. – 2. La STC 49/2008 sobre la reforma de la LOTC. – 2.1. El Tribunal frente a su ley y a su composición. – 2.2. Un precepto legal abierto, una inconstitucionalidad eventual y unas competencias materiales implícitas. – 2.3. El fundamento constitucional de la participación autonómica en la designación de magistrados. – 2.4. El alcance de la competencia del Senado para designar magistrados. – 2.5. Una solución autonomista pero demasiado abierta. – 2.6. Y un apunte final sobre el sistema de fuentes. – 3. La STC 101/2008 sobre la reforma del Reglamento del Senado. – 4. Valoraciones (de daños) y dudas. – 5. El fundamento constitucional de la participación autonómica. – *Resumen-Resum-Abstract.*

1. Antecedentes inmediatos: una crónica político-jurídica

En 2008 el Tribunal Constitucional dictó dos Sentencias mediante las que resolvía los reproches formulados a la constitucionalidad del nuevo mecanismo de participación autonómica en el nombramiento de magistrados del propio Tribunal Constitucional.

El análisis jurídico de lo que dijo en esas Sentencias tiene que ir esta vez precedido de una breve crónica del contexto político en el que se dictaron, pues nunca antes lo jurídico ha sido tan incomprensible sin la perspectiva política.

Artículo recibido el 13/01/2010; aceptado el 01/02/2010.

Para la opinión pública de aquél momento, ese contexto vino definido con una única expresión: Estatuto de Cataluña. Efectivamente, la división política e ideológica que se produjo en el Estado español con motivo de la aprobación de la Ley Orgánica alcanzó de una manera terrible al Tribunal Constitucional que –en parte por manobras procesales, en parte por su propia debilidad– se contaminó de esa misma división. Durante muchos meses la actividad del Tribunal Constitucional apareció ante el público en general como una auténtica guerra de guerrillas entre defensores y opositores al nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña, puntualmente transmitida desde los medios de comunicación. Las Sentencias sobre las reformas de la LOTC y del Reglamento del Senado se dictaron en el momento álgido de esa batalla y fueron presentadas como una primera y decisiva escaramuza.

La intensidad de esa situación exige un breve recordatorio de las circunstancias previas; quizás con ello el lector sea capaz de imaginar el sentido de algunos pronunciamientos y valorar o relativizar su trascendencia.

1.1. La reforma de la LOTC para introducir la participación autonómica en la designación de magistrados constitucionales

El Proyecto de Ley Orgánica de Modificación de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional que ingresó en el Congreso de los Diputados en noviembre de 2005¹ contenía una reforma esencialmente técnica y limitada prácticamente al recurso de amparo. En ese primer momento el Gobierno no aspiraba más que a incluir algunas mejoras técnicas que facilitaran el trabajo del Tribunal sin variar en lo sustancial el modelo de justicia constitucional español diseñado en 1979. Ni la reforma del modo de elección de los magistrados, ni el resto de cuestiones que serían después impugnadas ante el propio Tribunal en las Sentencias que comentamos, aparecían siquiera esbozadas en esa primera versión.

En ese sentido, no resulta disparatado aventurar que la reforma de la LOTC se inició por razones distintas de las que llevaron luego a abrir la elección de magistrados a la participación territorial. Desde hacía años desde dentro del propio Tribunal Constitucional se venía impulsando una propuesta de reforma muy parecida a la que presentó el Gobierno.² Desde hace tiempo los sucesivos presidentes de la institución venían reclamando una modificación legal que permitiera reducir los atascos a la hora de resolver los recursos de amparo.³ Por su parte, la doctrina constitucionalista producía sin cesar obras que reclamaban la tan ansiada reforma del recurso de amparo.⁴

Dicho esto, no es menos cierto que la cuestión de la participación autonómica en la designación de los magistrados constitucionales era una posibilidad de la que se venía hablando desde tiempo antes. En 2001, en el discurso pronunciado con ocasión de la renovación parcial del Tribunal, su Presidente entonces ya había destacado, entre los problemas a resolver, la cuestión del "déficit" de representación territorial.⁵ En el ámbito político ya se habían presentado diversas iniciativas parlamentarias en tal sentido cargadas de más o menos sentido institucional.⁶

2. Resulta muy instructivo consultar el "Borrador de reforma de la LOTC" de mayo de 1998 publicado en la revista *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 4, 1999, pp. 415-434 y compararlo con el texto de la reforma aprobada siete años después. Las semejanzas son tantísimas que contribuyen a hacerse una idea de parte del desconocido proceso previo a la aprobación del proyecto de reforma de la LOTC en 2005.

3. Especialmente clarificadora en este sentido es la conferencia pronunciada por María Emilia Casas Bahamonde, Presidenta del Tribunal Constitucional en el Club Siglo XXI de Madrid el 8 de mayo de 2006. En la misma, al reflejar de las disfunciones del procedimiento de amparo constitucional se hace eco de "la reclamación permanentemente formulada y sostenida por los anteriores Presidentes del Tribunal, desde la reforma de su ley Orgánica de 1988 (los presidentes Rodríguez-Piñero, Rodríguez Bereijo, Cruz Villalón y Jiménez de Parga): esas disfunciones sólo podrán ser corregidas por la acción del legislador". Por eso afirma que "La reforma de nuestra Ley Orgánica es, pues, absolutamente necesaria y extraordinariamente urgente".

4. Como muestra del estado de la cuestión, *vid.* "Encuesta sobre la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional", en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 18, 2006, pp. 11-73, con más referencias.

5. Cfr. su discurso recogido en *Tribunal Constitucional. Memoria 2001*, Madrid, 2002, pp. 207-208.

6. Así la Proposición de Ley de modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional presentada en 2002 por el Parlamento de Cataluña, proponía añadir un art. 16.2 conforme al cual los cuatro magistrados designados por el Senado debían serlo a propuesta de la Comisión General de las Autonomías de la Cámara, previa consulta con las asambleas

Esta y otras reflexiones similares se plasmaron –con anterioridad a la aprobación de la reforma de la LOTC, pero después de haberse presentado el proyecto de ley– en el art. 180 del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña. Se establece allí que “la Generalidad participa en los procesos de designación de magistrados del Tribunal Constitucional y de miembros del CGPJ, en los términos que dispongan las leyes o, en su caso, el ordenamiento reglamentario”. La cuestión, por tanto, había ganado actualidad jurídica y la participación autonómica en la designación de magistrados pasó a obedecer a exigencias de coherencia legislativa. En consonancia, en el trámite de enmiendas se presentaron varias que retomaban la idea de que los magistrados del Tribunal Constitucional designados por el Senado lo fueran a propuesta de la Comisión General de las Autonomías, previa consulta de las asambleas legislativas autonómicas.⁷

Se trata de una idea que tuvo ya cierto eco en los debates constituyentes, y sobre la que durante un tiempo se escribió bastante, tanto a favor como en contra, desde perspectivas muy diversas.⁸ Había consenso científico en intentar provocar una mayor sensibilidad autonómica en el seno del Tribunal, si bien con discrepancias en torno a si bastaba impulsar un cambio de mentalidad en el Senado⁹ o era necesaria reformar la LOTC. A favor se citaba la experiencia comprada en otros Estados federales¹⁰ y el elemento integrador que supondría

parlamentarias autonómicas. Cfr. BOCG, 19 de julio de 2002. Posteriormente, en abril de 2004 la propuesta se reiteraba en la Proposición de Ley 622/00002, presentada por el Grupo Parlamentario Catalán en el Senado.

7. Enmiendas núm. 17, Grupo Parlamentario Vasco; núm. 44, Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana; núm. 90, Grupo Parlamentario Catalán. Al respecto puede verse Joaquín Urías, “Nota sobre los conflictos territoriales ante la reforma de la LOTC”, en *La Reforma del Tribunal Constitucional, Actas del V congreso de la ACE*, coordinado por Pablo Pérez Tremps, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 925-939.

8. Por todos, *vid.* José María Castellá Andreu, “La diferente posición del Estado y las Comunidades Autónomas ante Tribunal Constitucional”, en *Constitución y democracia: 25 años de Constitución democrática en España*, editado por Miguel Ángel García Herrera, Bilbao 2005, pp. 537 y ss., con más referencias.

9. Así, el citado discurso del Presidente Pedro Cruz Villalón, pronunciado el 7 de noviembre de 2001, “con ocasión de la renovación parcial del Tribunal”, se refería en realidad a la conveniencia de encauzar a través del Senado la sensibilidad –que no representación– autonómica.

10. Sobre el tema, Juan Francisco Sánchez Barrilao, “Sobre el interés de las comunidades autónomas en la composición del Tribunal Constitucional”, en *El Estado autonómico: integración, solidaridad, diversidad*, coord. Por José María Vidal Beltrán, y Miguel Ángel

en cuanto a la asunción de la jurisprudencia constitucional. En contra, que podría llevar a fomentar la valoración política de la labor jurisdiccional del Tribunal.¹¹

Finalmente, la situación política creada en torno al nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña y el juego de pactos y mayorías parlamentarias llevaron a la introducción en la Ley Orgánica 6/2007 del nuevo párrafo segundo del art. 16.1 LOTC, que omite cualquier alusión a ninguna Comisión Parlamentaria y atribuye directamente a los parlamentos autonómicos la presentación de candidatos.

1.2. Las complicaciones “procesales” previas a las Sentencias sobre la LO 6/2007

Si la reforma de la LOTC vino determinada en su última fase por el debate político en torno al nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña, el Tribunal Constitucional a la hora de emitir el juicio sobre su constitucionalidad se vio arrastrado al centro de ese mismo debate a causa de la previa impugnación de la reforma estatutaria. Las vicisitudes procesales que precedieron a las decisiones que comentamos, inéditas en nuestra historia constitucional, llevan a pensar que el Tribunal no puso todos los remedios a su alcance para substraerse a esta batalla.

El día 27 de julio de 2007 tuvo entrada en el registro del Tribunal un recurso de inconstitucionalidad contra la LO 6/2007 de reforma de la LOTC. El origen político de esta impugnación no estaba tanto en la participación autonómica en la elección de magistrados como en la prórroga legal del mandato del Presidente. Políticamente se consideraba vital por la eventualidad de que la actual Presidenta tuviera que utilizar su voto de calidad para decidir en los recursos contra el Estatuto de Cataluña en caso de un hipotético empate.

A los pocos días de presentado el recurso, la Presidenta y el Vicepresidente del órgano jurisdiccional presentaron sendos escritos

García Herrera, Madrid, 2005, pp. 157 y ss.; Jörg Luther, “La composizione dei Tribunali costituzionali e le autonomie territoriali: esperienze straniere”, en *La composizione della corte costituzionale*, a cargo de Anzon, Azzariti Y Luciani, Torino, 2005.

11. Cfr. Eduardo Espín Templado, en *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, coordinado por Juan Luís Requejo Pagés, Madrid, 2001, pp. 296-297.

pidiendo abstenerse en la decisión. Lo justificaban en la posible apariencia de pérdida de imparcialidad a la vista de que uno de los preceptos recurridos se refiere al mandato del Presidente y del Vicepresidente. En un discutido y extenso Auto, el ATC 387/2007, el Pleno del Tribunal acordó estimar ambas abstenciones. Sin entrar en el análisis de fondo de esta resolución, el mero hecho de que para resolverlo el Tribunal se dividiera en dos mitades, de manera que sólo se pudo adoptar gracias al voto de calidad del magistrado que presidía y con cinco votos particulares en contra, da muestra de la tensión del momento. No parece casual que los magistrados que formularon voto particular a ese Auto sobre abstenciones fueran exactamente los mismos que posteriormente votarán a favor de la Sentencia dictada en el asunto. Así, la hipótesis de que la aceptación o no de las abstenciones viniera influida por una predeterminación sobre el fondo de la cuestión no parece, en términos teóricos, absolutamente descabellada. Tampoco parece descabellado, por tanto, aventurar que algo pudo tener que ver en el resultado final la posterior recusación por el Gobierno de dos magistrados de los que habían votado a favor de admitir las abstenciones de Presidenta y Vicepresidente.

Efectivamente, el 19 de octubre de 2007, tres días después de dictado el Auto que estimó justificada las abstenciones (eso creaba un Tribunal de diez miembros, que se había dividido por mitad para aceptar las abstenciones y que habría de venir presidido con voto de calidad por un magistrado de una de tales mitades) el Abogado del Estado, en nombre del Gobierno, recusó a los magistrados don Roberto García-Calvo y don Jorge Rodríguez-Zapata. Se apoyaba para ello en el escrito en el que meses antes ambos magistrados habían manifestado ante la Presidenta del Tribunal su convencimiento de la inconstitucionalidad de la LO 6/1007 de reforma de la LOTC. Como respuesta, la representación procesal del Grupo Parlamentario recurrente, recusó a su vez a los magistrados don Pascual Sala, don Pablo Pérez Tremps y don Manuel Aragón. Esta segunda recusación se basaba en el contenido de una información periodística según la cual en una reunión estos magistrados se habrían mostrado claramente favorables a la constitucionalidad de la reforma que ahora tenían que enjuiciar.

En estas circunstancias el Tribunal Constitucional, en una situación inédita, parecía más el escenario de una lucha política de poder que

un órgano jurisdiccional. Los medios de comunicación presentaron entonces un Tribunal ideológicamente dividido en dos, en el que el voto de cada magistrado parecía determinado de antemano por su supuesta adscripción. Mediante el juego de las recusaciones, los dos principales partidos políticos del momento intentaban alterar su composición del modo más favorable a sus propios intereses, determinando de ese modo el resultado final de la decisión sobre la constitucionalidad de la reforma.

La situación, en términos estrictamente políticos y conforme a la opinión pública publicada, quedaba así: en caso de empate en la Sentencia sobre el recurso de inconstitucionalidad contra el Estatuto de Autonomía de Cataluña la decisión final dependería del voto de calidad de quien fuera Presidente. El que una persona u otra ocupara la Presidencia del Tribunal, por su parte, dependía de la constitucionalidad o no de una de las disposiciones de la ley de reforma de la LOTC. Aceptada la abstención de la Presidenta y el Vicepresidente, la decisión sobre la constitucionalidad de tal precepto dependía de que se aceptaran o no las cinco recusaciones planteadas.¹² Sin embargo toda esta serie de operaciones había dejado un Tribunal Constitucional con tan sólo cinco magistrados que no hubieran sido recusados. Hubo entonces un amago de prolongar, casi *ad infinitum*, la cuestión política abriendo la discusión acerca de quién podría decidir sobre las recusaciones,¹³ pero fue sofocado. Afortunadamente, la situación se desbloqueó mediante el ATC 81/2008, que admitió las recusaciones de los magistrados García-Calvo y Rodríguez-Zapata, y terminó de resolverse con el ATC 443/2007 que inadmitió las tres recusaciones planteadas por el comisionado de los Diputados que habían interpuesto el recurso de inconstitucionalidad.

12. Muestra de la situación a la que se había llegado es el hecho de que con fecha 10 de marzo de 2008 el magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata presentó en la Secretaría de Justicia del Pleno del Tribunal un escrito dirigido al Pleno que había de resolver su recusación solicitando la abstención de todos los magistrados que lo componían.

13. Eran sólo cinco los magistrados que no habían sido recusados, de modo que no podía reunirse el quórum exigido por el art. 14 LOTC para la válida constitución del Pleno. Posteriormente el magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata solicitó formalmente la acumulación de la recusación en su contra con las de otros magistrados. Fue rechazada por providencia de 28 de noviembre de 2007. A dicha providencia formularon voto particular los magistrados don Ramón Rodríguez Arribas y don Eugeni Gay, respecto a la composición del Pleno que adoptó la resolución.

Así se despejaba el camino hacia la Sentencia, aunque inevitablemente toda esta batalla dejara heridos por el camino; el Tribunal que resolvió finalmente el recurso fue un Tribunal disminuido, compuesto tan sólo por ocho de sus doce miembros. El prestigio mismo de la institución, en cuanto garante institucional de la Constitución, quedó seriamente dañado por unos acontecimientos que tuvieron enorme repercusión mediática. Este daño a su consideración pública es especialmente grave en el caso de un órgano, que en cuanto clave de bóveda jurídica del sistema, no tiene más legitimidad que la que le proporciona la Constitución y, sobre todo, el ejercicio de su jurisdicción. Resulta discutible que un Tribunal Constitucional de cuya imparcialidad jurídica se dude socialmente esté en condiciones de ejercer debidamente sus competencias, aunque aquí vayamos a esquivar tan peliaguda cuestión.

La extensa relación de antecedentes pretende tan sólo ofrecer al lector los elementos para una valoración adecuada de los pronunciamientos del Tribunal en estas Sentencias tomando en cuenta elementos que exceden al mero análisis jurídico. Por nuestra parte, sin embargo, vamos a dedicarnos tan sólo a este último.

2. La STC 49/2008 sobre la reforma de la LOTC

Como dijimos, el recurso de inconstitucionalidad tuvo entrada el 27 de julio de 2007. Lo presentaban sesenta y ocho diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso que impugnaban tan sólo la nueva redacción dada a los arts. 16.1 y 16.3 LOTC. El primero de los reproches, que es el que aquí nos importa, se sustentaba en la supuesta vulneración de la reserva de reglamento parlamentario del art. 72 CE, por creer que se trataba de una materia reservada constitucionalmente a la autoorganización del Senado, y del art. 159 CE que atribuye al Senado, directa exclusiva y libremente, la designación de cuatro magistrados constitucionales.

Con carácter previo, y para la mejor comprensión de los apartados de la Sentencia que más nos interesan ahora, se hace necesario examinar las peculiaridades que en el tratamiento de la cuestión introduce el hecho de que la norma sometida a control sea, precisamente, la norma que regula las competencias del mismo Tribunal que examina su constitucionalidad.

2.1. El Tribunal frente a su Ley y a su composición

La Sentencia dedica sus fundamentos jurídicos 2 a 4 a la especialidad del control de constitucionalidad que se ejerce sobre la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Tanta argumentación sobre un tema que ni siquiera había sido planteado por las partes ha sido criticada en la doctrina por sembrar dudas innecesarias sobre el alcance de su enjuiciamiento.¹⁴

Efectivamente, lo primero que llama la atención sobre estas elucubraciones doctrinales es que nadie había planteado ninguna objeción al hecho de que el objeto del control de constitucionalidad fuera una ley que regula la composición, el funcionamiento y las competencias del Tribunal Constitucional. Sin embargo parece que el Tribunal ve que ésta es una buena ocasión para aclarar cuestiones que sí habían sido tratadas en alguna ocasión por la doctrina constitucionalista.¹⁵

Lo innecesario de estos pronunciamientos se pone de manifiesto desde el mismo comienzo del FJ 3, cuando el Tribunal se ve obligado a aclarar algo tan evidente como que formalmente la LOTC es una norma con rango de ley, de modo que en virtud del art. 27 LOTC nada cabe obstar a su impugnación por la vía del recurso de inconstitucionalidad.

Por si el argumento formal fuera insuficiente, el Tribunal introduce también un confuso análisis desde el punto de vista material. Así, aunque reconoce como punto de partida la libertad del legislador para la configuración de las competencias y el funcionamiento del Tribunal Constitucional, le impone un límite que va más allá de la literalidad del texto constitucional: respetar el "modelo de Tribunal Constitucional" vigente. Tal modelo, según declara la Sentencia, es el fruto de la interpretación conjunta de los preceptos constitucionales aplicables y de "los principios constitucionales que se proyectan sobre el Tribunal Constitucional". Cuáles son estos principios, no se aclara.

14. Juan Luis Requejo Pagés, "Doctrina del Tribunal Constitucional durante el primer cuatrimestre de 2008", en *REDC*, núm. 83 (2008), p. 211.

15. *Vid.* Por todos, Ángel Garrorena Morales, "la reserva del Tribunal Constitucional a Ley Orgánica", en *Estudios de teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, 1999, tomo II, pp. 1397-1422.

Parece que se trate de una cláusula abierta en la que quepa casi todo, a modo de cajón de sastre, y con la que el juez constitucional quiera reservarse la posibilidad de frenar cualquier reforma de sus competencias o funcionamiento que considere excesiva, en la medida en que altere radicalmente el modelo existente.¹⁶

A nadie se le escapa que el ámbito de los “principios constitucionales que se proyectan sobre una institución” es mucho más amplio que el de los estrictos preceptos constitucionales que la regulan. Sobre todo porque los principios pueden estar contrapuestos, pues sobre el Tribunal Constitucional pueden proyectarse intereses constitucionales diversos e incluso, eventualmente, enfrentados (por ejemplo el interés en asegurar la tutela judicial de los derechos fundamentales y interés en la depuración abstracta del ordenamiento) y necesitan de una armonización. Evidentemente, dicha armonización no le corresponde en primer lugar al propio Tribunal, sino que se trata de una típica función legislativa. Es el legislador el que, en cada momento, debe decidir a cuáles de los principios constitucionales que se proyectan sobre el Alto Tribunal hay que darle más relevancia y a cuáles menos, pero su decisión quedará siempre sometida a la que emita, ante cualquier impugnación, quien es el máximo intérprete de la Constitución.

Por eso, aunque la Sentencia habla de libertad del legislador, la realidad es bien distinta, y en última instancia el juez constitucional se reserva para sí la interpretación adecuada de cuál es el modelo de Tribunal Constitucional que diseña la Constitución. El Tribunal pasa a tener la última palabra en la determinación de qué modelo de sí mismo es más constitucional. En sus propios términos:

Reconocidos la libertad de configuración del legislador orgánico del Tribunal Constitucional y la existencia de límites constitucionales a la misma, corresponde al propio Tribunal, en su función de garante supremo de la Constitución, garantizar ambos aspectos, así como el equilibrio entre los mismos. (FJ 3)

Nuestro Tribunal Constitucional se erige así en defensor de sus competencias y de su modelo organizativo frente a un legislador del

16. Así por ejemplo, quizás, una eventual supresión del recurso de amparo sustentada en que la constitución, en el art. 53.2 CE sólo la prevé “en su caso”. Es conocida la polémica doctrinal que esta referencia conlleva.

que aparentemente desconfía. Sin más fundamento que el de su propia decisión y voluntad.

Así se llegaría a la conclusión de que el control sobre el legislador del Tribunal Constitucional es *más intenso* que el que se ejerce con carácter general sobre la constitucionalidad de las leyes. Primero se dice que la necesidad de armonizar los principios generales que integran el modelo de control de constitucionalidad es algo "comúnmente aceptado en todos los ámbitos" y que estaba implícito en la STC 66/1985. Después se argumenta que en caso de no ejercer un control de tanta intensidad sobre el adecuado equilibrio de los principios constitucionales en juego sería "hacer dejación" de sus funciones. En último lugar se destaca que del que sea el propio Tribunal quien asegure este equilibrio depende "la efectividad del orden constitucional en todos los ámbitos", de modo que:

Dejar en manos del legislador orgánico la concreción de dicho modelo y renunciar a controlarla no se correspondería, en efecto, con la pretensión del constituyente de crear un órgano de control de constitucional con amplias competencias y de garantizar su eficacia.

La cuestión determinante, sin embargo, no es tanto la de que se pueda controlar o no la constitucionalidad de la LOTC, sino la de cuál sea el parámetro de ese control; si el Tribunal Constitucional ha de limitarse a comprobar que la redacción de su Ley Orgánica es conforme con los preceptos constitucionales que regulan la institución, o puede también entrar a valorar si la ponderación de intereses constitucionales que realiza el legislador al diseñar un modelo de Tribunal coincide con la idea que el propio órgano tiene de sí mismo; lo que denomina "modelo constitucional de Tribunal Constitucional". En este punto parece que la Sentencia no se limita a reiterar lo obvio: la vinculación de la Ley Orgánica del Tribunal a la Constitución, sino que de paso, apunta la especialidad, de esta vinculación, que radica en que el parámetro de control no son sólo los preceptos específicamente dedicados al Tribunal sino el modelo constitucional de control de constitucionalidad.¹⁷

17. Un primer intento de apuntar en qué consistiría en esencia este modelo, en Ángel Sanz Pérez, "comentario a la STC 49/2008. Las fuentes del derecho parlamentario y el Senado", en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 9, 2008, pp. 4 y ss.

Con esta premisa, resulta sorprendente la conclusión que inmediatamente desarrolla el fundamento jurídico cuarto de la Sentencia, y que a primera vista entra frontalmente en contradicción con lo que acaba de afirmar. Pocas veces resulta tan difícil de explicar la relación entre dos fundamentos de una Sentencia, que defiendan argumentos radicalmente opuestos entre sí.

El Tribunal en un giro copernicano pasa a recordar que no puede ser enjuiciado el propósito último del legislador al inclinarse por un modelo u otro de justicia constitucional; señala también que la presunción de constitucionalidad de la ley opera dentro del amplio marco que la Constitución ofrece a la iniciativa del legislador.

Y de ahí, sin más argumentación, deduce la que es una de las ideas más criticadas de la Sentencia: que el control de constitucionalidad que se ejerce sobre la LOTC es menos intenso que sobre cualquier otra ley. La expone, además, de un modo indirecto, casi sin querer decirlo. De hecho parece que el Tribunal está haciendo otra de sus afirmaciones más o menos obvias y prescindibles: en la medida en que la vinculación del Tribunal Constitucional a su ley se proyecta sobre la legitimidad del órgano, "el control de la LOTC debe limitarse a los supuestos en los que existe un conflicto evidente e insalvable entre la misma y el texto constitucional". Parecería una invocación del habitual principio de *self restraint* de no ser porque inmediatamente dice el Tribunal Constitucional:

Lo contrario, es decir, llevar a cabo un control más intenso no sólo supondría debilitar la presunción de constitucionalidad de cualquier norma aprobada por el legislador democrático, sino que situaría al Tribunal en una posición que no se corresponde con el papel que cumple la reserva contenida en el art. 165 CE para que sea el legislador quien, a través de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, desarrolle directamente y con vocación de plenitud el título IX CE, desarrollo legal al que este Tribunal está íntegramente vinculado.

No cabe duda, por tanto, de que para el Tribunal el control que ejerce sobre la constitucionalidad de su propia ley debe ser *menos intenso* que el que ejerce sobre el resto de leyes del ordenamiento jurídico. En cambio sigue sin estar claro a través de qué razonamiento llega a tal conclusión.

Tanto es así que, sin variar un ápice su razonamiento, podía haber llegado al resultado opuesto.

Es lo que hace el magistrado Javier Delgado en su voto particular, en el que discute que:

sea posible clasificar las leyes en distintas categorías para atribuirles una mayor o menor presunción de constitucionalidad y por tanto una diferente intensidad de control— Pero, si se admitiera esta diferente intensidad, mi conclusión sería exactamente la contraria de la que señala la Sentencia: el control de la constitucionalidad de la LOTC ha de ser particularmente incisivo y profundo desterrando todo atisbo de inconstitucionalidad en la Ley que ha de ser fundamento de los juicios sobre la constitucionalidad de todas las demás normas y actos del poder público con fuerza de ley.

Se trata de un razonamiento que suena coherente¹⁸ pero que en realidad sólo viene a jugar con la confusión (creada en la propia Sentencia) entre presunción de constitucionalidad e intensidad del control de constitucionalidad, que se vienen a presentar como los dos extremos de una misma realidad, cuando en verdad se trata de dos categorías distintas que han de operar en paralelo.

La presunción de constitucionalidad de la Ley es un principio interpretativo que entronca con la mitificación democrática de la Ley típica de la Europa del s. XIX y se deduce de la necesidad de limitar la iniciativa del TC a la hora de ejercer su función de control. No está directamente relacionada con la intensidad del control, sino con la forma de resolver las dudas a la hora de ejercer ese control. Se trata, en definitiva, de que si razonablemente son posibles varias interpretaciones de la norma y una de ellas resulta conforme a la Constitución, ha de optarse por ella en vez de por otras que resulten inconstitucionales. Es decir, en caso de duda interpretativa se presume que la intención del legislador era la constitucional.

18. Así lo considera gran parte de la doctrina que ha comentado este pronunciamiento. Vid. Por todos Ignacio Torres Muro, "La reforma de la ley Orgánica del Tribunal Constitucional y del Reglamento del Senado, puesta a prueba", en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 6, 2008, p. 9.

Cuando se habla, en cambio, de intensidad de control parece que se alude a un paso previo, que es el de apreciar o no dudas en la interpretación. Referirse a intensidad implica una cierta renuncia del Tribunal a ejercer su función de control, como si fuera posible utilizar un parámetro estricto de respeto a la Constitución y todos sus mandatos y otro parámetro más ligero en el que sólo se juzgaran las leyes respecto a su conformidad con un cierto “núcleo indisponible” de la Constitución.

Este parece que es, conforme al fundamento tercero de la decisión, el sentido en el que el órgano de control se refiere a intensidad. Viene entonces a decir que más allá de las reglas estrictas que regulan en nuestra Carta Magna el funcionamiento del Tribunal Constitucional hay también una serie de principios que constituyen lo que sería el modelo constitucional de Tribunal. La distinta intensidad de control vendría dada según se utilice como parámetro de la constitucionalidad todas las reglas y principios que constituyen el vigente modelo de justicia constitucional, o simplemente las normas que lo rigen, en su literalidad estricta.

Tal comprensión de la intensidad, relacionada no tanto con la presunción de legitimidad del legislador como con la posición del Tribunal frente a la configuración legislativa de sus propias competencias, lleva sin embargo posteriormente a plantear como soluciones alternativas “un control más intenso” y la restricción a “los supuestos en los que existe un conflicto evidente e insalvable” entre la ley y el texto constitucional. En todo caso, la solución sigue siendo rematadamente confusa: quizás no se presuma que la reforma de la LOTC sea más constitucional que otras leyes, sino que se elige un parámetro menos estricto de control, pero incluso esto se hace sin mayor explicación o razonamiento.

De hecho, lo que no se termina de entender es el sentido de dos fundamentos jurídicos que sólo sirven para crear dudas allí donde no las había. Antes de esta Sentencia los operadores jurídicos funcionaban con la certeza de que la LOTC, como el resto de leyes del ordenamiento y en las mismas condiciones, estaba sometida a la Constitución a través del control del Tribunal Constitucional. Con la Sentencia la LOTC se sitúa en una situación de indefinición en la que lo único de lo que no hay dudas es de que su control por parte del TC no es como el del resto de las normas.

Lo más sorprendente de todo el asunto es que no está nada claro cuáles sean las consecuencias prácticas de una argumentación tan extensa, voluntarista y polémica. Es más, a primera vista parece que tal vez se trate exclusivamente de una reflexión académica sin más trascendencia. En el desarrollo de la sentencia no se saca ninguna aplicación práctica de estos fundamentos jurídicos a los que sólo se alude en lo que se refiere a la invocación de la trascendencia del principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución.

2.2. Un precepto legal abierto, una inconstitucionalidad eventual y unas competencias materiales implícitas

En cuanto al fondo, la cuestión que en esta primera Sentencia nos interesa es la relativa a la constitucionalidad de la nueva redacción del segundo párrafo del art. 16.1 LOTC. Conforme al mismo, "Los magistrados propuestos por el Senado serán elegidos entre los candidatos presentados por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas en los términos que determine el Reglamento de la Cámara". Los diputados recurrentes consideraban que esta redacción lesionaba frontalmente el 159.1 CE que, a su entender, atribuye directamente al Senado la facultad exclusiva y absoluta de proponer cuatro magistrados. En definitiva, entendían que al imponer la propuesta autonómica se venía a sustraer a la Cámara Alta una de sus competencias constitucionales.

A partir de aquí la estructura de un razonamiento lógico exigiría abordar en primer lugar si es cierto que la Constitución otorga una facultad de ese tipo al Senado y a continuación si el precepto cuestionado la respeta o no. En vez de ello la Sentencia opta por comenzar por el segundo de los aspectos, es decir analiza en primer lugar hasta qué punto la nueva norma viene a incidir en las competencias del Senado.

La primera conclusión que consigna el Tribunal Constitucional en este punto es que el precepto impugnado abre tantas posibilidades al desarrollo legislativo de los términos en que se produce la presentación autonómica de candidatos y a su posterior elección por el Senado que no puede ser calificado de inconstitucional. Es decir, que sin necesidad de prejuzgar cuáles son las competencias del Se-

nado en esta materia el Tribunal está en condiciones de concluir que sean las que sean, la nueva redacción de la LOTC no puede afectarlas. La previsión legal sólo cobrará eficacia tras su concreción posterior en el Reglamento del Senado y, aunque aparentemente el precepto invita a dejar en manos de las asambleas legislativas autonómicas la determinación de los candidatos a magistrado (establece que los magistrados se elegirán entre los candidatos que ellas presenten), el Reglamento puede prever cautelas que garanticen el respeto a las facultades propias del Senado. La inconstitucionalidad, por tanto, es tan sólo una eventualidad atribuible –en su caso– a la norma de desarrollo, pero no necesariamente a la ley, que se beneficia entonces de la presunción sobre su constitucionalidad.

El error de este planteamiento es admitir que a partir de la poca concreción del precepto impugnado puede concluirse su constitucionalidad, sin necesidad de definir en qué consisten las competencias del Senado que podrían afectarse. Se trata de una ilusión, puesto que sin una comprensión, siquiera implícita, de cuál es el alcance de la facultad senatorial de elegir magistrados del Tribunal Constitucional resulta imposible saber si está o no afectada, por muy abierta que resulte la norma. De ese modo, la afirmación de que la indefinición del precepto legal supone que la lesión constitucional sólo sea eventual siempre llevará implícita una precomprensión de en qué consiste exactamente la competencia de designación que atribuye el art. 159.1 CE al Senado y que se utiliza como parámetro de constitucionalidad. De hecho, en esta primera etapa de la Sentencia el Tribunal opera alegremente con diversas precomprensiones del alcance de la cláusula constitucional sin detenerse a explicitar ninguna interpretación del art. 159.1 CE. En principio parece que se parte de que el Senado ha de poder determinar quienes serán los candidatos, aunque no se concrete qué se incluye dentro de la expresión determinar:

tal y como está redactada la norma impugnada no puede dejar totalmente en manos de los Parlamentos autonómicos la libre determinación de los candidatos elegibles por el Senado, sino que remite a su Reglamento y, por lo tanto, a la propia voluntad de la Cámara, la concreción del grado de participación de los Parlamentos autonómicos en dicha facultad, así como el margen de intervención del Senado en el proceso de elección de los magistrados del Tribunal Constitucional. (FJ 9)

El parámetro implícito que se ha usado para este razonamiento es, pues, el respeto a la propia voluntad del Senado en la designación de los candidatos a magistrado. Es decir, no sólo en el proceso de elección entre candidatos, sino en la propia –y previa– determinación de estos. Ahí es donde a juicio del Tribunal radican las facultades constitucionales atribuidas en la materia a la Cámara Alta. Mientras la ley no permita a las asambleas parlamentarias autonómicas determinar libremente los candidatos a magistrado, será constitucional.

De hecho, el Tribunal viene a entender también que en esta facultad de determinación de los candidatos radican las competencias materiales del Senado en la materia, de tal modo que si se le priva-se de ella pasarían a ser meramente formales y su voluntad vendría a ser sustituida por la de las Cámaras autonómicas:

no puede considerarse, como aducen los recurrentes, que el precepto impugnado desapodere al Senado del ejercicio material de una de sus funciones constitucionales. Por la misma razón tampoco es posible aceptar que se produzca necesariamente una renuncia, traslado o sustitución del Senado por parte de los Parlamentos autonómicos, o la sustracción de una facultad constitucional mínima, puesto que ello implicaría desconocer que la norma impugnada admite una lectura que impide considerar que el papel del Senado sea meramente formal. (FJ 9)

Sin necesidad de entrar por ahora en la cuestión del acierto o no al vincular las competencias materiales de designación con la determinación de los candidatos, conviene señalar una primera carencia lógica. En toda esta argumentación yace un apriorismo que no ha sido en absoluto argumentado: que el papel del Senado no puede ser meramente “formal” como correa de transmisión de la voluntad autonómica. Es decir, el Tribunal Constitucional da por supuesto que en la distribución que hace el art. 159 CE de los nombramientos de magistrados, el Congreso y el Senado ocupan una posición equivalente. En el fundamento jurídico décimo tercero, al aludir de nuevo a este razonamiento, se indica expresamente que la Constitución atribuye la competencia de elección de magistrados “en los mismos términos” al Congreso y al Senado. Así, la Sentencia parte del convencimiento de que tanto al Senado como al Congreso se les otorga una facultad

propia de nombramiento que, aunque pueda ser modulada, necesariamente han de ejercer por sí mismos, con independencia de otros poderes y de modo irrenunciable.

Efectivamente, si el Tribunal Constitucional hubiera decidido cumplir con la función intérprete supremo de la Constitución y aclarar el sentido de la atribución al Senado contenida en el art. 159.1 CE habría debido aclarar dos cosas conectadas pero diferentes: su naturaleza y su contenido. Es decir, si se trata de una competencia propia e indelegable, y qué facultades concretas dentro del procedimiento de designación de miembros del Tribunal Constitucional están incluidas en la competencia. Como en la Sentencia nunca llega a cristalizar una tarea interpretativa de ese tipo, es difícil saber si confunde ambos aspectos. En todo caso, al menos respecto a la naturaleza, parece que acepta la hipótesis de los recurrentes respecto a la intransferibilidad de la competencia. Todo su razonamiento parte de que efectivamente el Senado tiene una competencia material que ha de ejercer por sí mismo y los vaivenes se limitan a la definición de en qué consiste.

Posiblemente esta comprensión apriorística sobre la igual posición de partida de ambas Cámaras ante el art. 159 CE esté en el origen de todas las complicaciones que surgen después en esta decisión y en la siguiente, a propósito del Reglamento del Senado. Como veremos inmediatamente, el juez constitucional es consciente de que la función constitucional del Senado puede no acabarse en la de mera Cámara Parlamentaria de segunda lectura. Acepta que en el texto constitucional es posible apreciar una vocación de que el Senado, en la medida en que el Estado se convirtiera definitivamente en Estado Autónomico, fuera la vía de participación autonómica en la dirección política de la sociedad; sin embargo ello no predetermina –según su máximo intérprete– una distinta posición de partida del Congreso y del Senado a la hora de ejercer las competencias para el nombramiento de magistrados del Tribunal Constitucional.

El Senado, según el dogma del que se parte, ha de mantener en todo momento facultades de control material sobre la designación de los cuatro magistrados a los que se refiere el art. 159.1 CE.¹⁹

19. Juan Luis Requejo Pagés, en "Doctrina del Tribunal Constitucional durante el primer cuatrimestre de 2008", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 83, 2008, p. 213, invoca la autonomía institucional del Senado para defender que allí dónde el art. 159

Cualquier construcción en la que el Senado sirva de vía para la participación de las Comunidades Autónomas en el Estado y –en concreto– en el nombramiento de los magistrados del Tribunal Constitucional deberá recurrir a procedimientos ponderativos y de proporcionalidad que operen como limitación de la competencia material del Senado, pero sin convertirla en una intervención meramente formal.

Así pues, el primer embate termina con varias conclusiones que pueden exponerse en orden justamente inverso al del Tribunal Constitucional: la competencia es del Senado y el legislador orgánico no puede atribuírsela a las Cámaras autonómicas; la competencia incluye la determinación de los candidatos; en el caso concreto, la norma legal en sí misma no va necesariamente más allá de estos límites: “la posibilidad de que éstos se sobrepasen no puede llevarnos a considerar que, tal y como está redactado, el precepto impugnado sea inconstitucional”.

Quedan abiertas algunas dudas. De una parte se plantea si el propio Senado podría en su Reglamento delegar algunas de las competencias que le son propias a favor de las asambleas parlamentarias autonómicas, pues el Tribunal en ningún momento se pronuncia sobre la importancia del hecho de que sea una Ley Orgánica y no el Reglamento de la Cámara quien venga a limitar aparentemente las competencias del Senado. De otra, si la rigidez de la comprensión de las facultades propias del Senado en la materia puede sufrir alguna modificación proporcionada a su posición como órgano constitucional, de manera que algunas de tales facultades se atribuyan a las asambleas parlamentarias autonómicas. Sin embargo, por lo que afecta a la cuestión suscitada en esta Sentencia, el Tribunal Constitucional podría haber concluido su razonamiento en este fundamento jurídico noveno, pues ya ha concluido que el precepto no puede ser inconstitucional.

CE no establece otros límites, la competencia del Senado sólo puede limitarse por normas establecidas por el propio Senado. Es un planteamiento que abre dudas a la hora de enjuiciar posteriormente los preceptos del Reglamento del Senado, pero que al menos se expone con una fundamentación constitucional de la que la Sentencia carece en todo momento.

2.3. El fundamento constitucional de la participación autonómica en la designación de magistrados

Después de concluir que el modo genérico en que está redactada en el precepto la participación autonómica en la designación de magistrados del Tribunal Constitucional no afecta materialmente a las competencias del Senado derivadas del art. 159.1 CE el Tribunal, no obstante, pasa a abordar el fundamento constitucional de dicha participación.

Parece que el juez constitucional no se quiere quedar con un argumento tan formal, por más que sea contundente; muy en el estilo propio de este Tribunal Constitucional español, considera adecuado abordar también el fondo de la cuestión. Y lo hace planteándose tres preguntas básicas: si está constitucionalmente prohibida la participación autonómica, si tal participación tiene fundamento constitucional y qué intensidad puede tener.

En términos de razonamiento sorprende que estas cuestiones se aborden ahora y no antes. No es pequeña la contradicción de analizar si está prohibida cualquier tipo de participación autonómica después de haber concluido que en el precepto cuestionado se presenta de manera tan abierta que no vulnera las competencias del Senado. No obstante, la introducción de tales cuestiones en este momento de la argumentación constitucional parece tener un fundamento académico; da la impresión de que es una excusa del Tribunal para decir algo que deseaba decir. Y la sensación se acentúa a la vista de que la primera de las preguntas recibe una inmediata y breve respuesta afirmativa: en la medida en que la Constitución no lo prohíbe, está permitido. La idea latente en este argumento –sólo débilmente explicitada– es que el hecho de que el Senado sea una Cámara de extracción parcialmente autonómica no implica la prohibición de cualquier participación autonómica suplementaria. Resulta tan evidente, que el propio planteamiento de la cuestión sólo colabora a aumentar la sensación de descoordinación en una Sentencia que en estos momentos ya se muestra como poco ejemplar.

Pero sirve para dar pie a la siguiente cuestión... que a su vez le viene muy a propósito al juez constitucional para dejar clara su vocación autonómica. Una vocación frustrada, pero sin duda sincera. El fundamento jurídico décimo tercero de la Sentencia se dedica a acla-

rar que “el carácter de Cámara de representación territorial” del Senado puede expresarse no sólo en su organización sino también en el ejercicio de sus competencias.

Se trata de una reflexión interesante –aunque aparezca tan descontextualizada– por las posibilidades que abre de cara a acentuar la configuración territorial del Senado y sus competencias sin necesidad de cambiar la Constitución. Aplicada en concreto a la elección de los magistrados, el Tribunal alude al hecho de que la propia Constitución prevé una cierta participación autonómica:

De la interpretación conjunta de los arts. 69 y 159.1 CE puede derivarse, en efecto, un principio de participación autonómica en la composición del Tribunal susceptible de ser desarrollado de diversos modos (FJ 13).

Para llegar a esta conclusión, el Tribunal se vale, además del texto de la propia CE, del análisis del proceso constituyente. En concreto, alude a la enmienda núm.190 a la ponencia del congreso, que justificó la equiparación del número de magistrados a proponer por el Congreso y el Senado precisamente en razón de la trascendencia territorial de las decisiones del Tribunal Constitucional. Así, la atribución que hace el art. 159 CE del nombramiento de cuatro de sus magistrados al Senado lo es, según la Sentencia, “en tanto Cámara de representación territorial” (FJ 13).²⁰

Sin embargo, el juez constitucional –que ya vimos que asume la necesidad de un contenido material en la competencia del Senado para elegir magistrados– no saca todas las consecuencias posibles de esta construcción jurídica. El hecho de que pueda entenderse que es la propia Constitución la que prevé un modo de participación autonómica en la designación de los magistrados constitucionales sólo le sirve para constatar que la ley impugnada no busca un objetivo constitucionalmente vedado, pero no está claro si llega a utilizarlo como criterio interpretativo que matice el alcance de las facultades de contenido material que la Constitución atribuye al Senado en la designación de magistrados constitucionales. Una interpretación de los prin-

20. Sobre esto, *vid.* Marc Carrillo, “la reforma de la jurisdicción constitucional: la necesaria racionalización de un órgano constitucional en crisis”, en el libro coordinado por él mismo *Hacia una nueva jurisdicción constitucional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, p. 77 y ss.

cipios constitucionales en juego que partiera de las conclusiones que acaba de exponer el Tribunal, y guiada por el principio de proporcionalidad, habría podido llevar a la conclusión de que tal vez algunas de las facultades que integran la competencia de designar magistrados puedan corresponder a las Comunidades Autónomas.

Eso es lo que parece concluir el Tribunal en el primer párrafo del fundamento jurídico décimo cuarto, donde se destaca que el Senado mantiene su facultad constitucional de elegir los magistrados, incluso aunque se introduzca la participación autonómica en la fase de presentación de candidatos:

El desarrollo de dicho principio participativo que lleva a cabo la regulación impugnada tampoco puede ser calificada de inconstitucional por su intensidad y resultado, puesto que, como se ha visto, no conlleva necesariamente ningún desapoderamiento de la Cámara Alta respecto de su facultad constitucional de elegir a los Magistrados que le corresponde. La participación autonómica introducida se limita, en efecto, a la fase de presentación de candidatos y no implica que el Senado deje de ser el titular de dicha facultad (FJ 14).

Si el Tribunal está diciendo lo que parece decir se plantea un grave problema, porque la STC 101/2008 va a afirmar, como *ratio decidendi*, exactamente lo contrario. La contradicción es evidente, pero pierde vigor si se toma en cuenta que también en esta primera Sentencia, en otros momentos, el Tribunal opera con distintas interpretaciones del contenido del art. 159.1 CE.

2.4. El alcance de la competencia del Senado para designar magistrados

Todo el razonamiento de la Sentencia es circular, de modo que se cierra como empezó: dando respuesta al argumento del supuesto desapoderamiento de las Cámara que, según los recurrentes, habría venido a renunciar a sus competencias relativas a la designación de miembros del Tribunal Constitucional.

Como se vio, se trata de un argumento que la combina dos interpretaciones, una de la Constitución –referente a la extensión de la

competencia senatorial en el art. 159.1 CE– y otra de la Ley –en cuanto al grado de concreción de la norma impugnada–. Nuevamente, el Tribunal Constitucional sólo opera con una de estas dos variables, fundando su conclusión en la “amplitud de la remisión reglamentaria contenida en el precepto impugnado”. La otra variable, la delimitación de la competencia constitucional e irrenunciable del Senado opera como la bolita de un trilero, que parece que se esconde pero luego aparece en uno u otro lugar según sea necesario.

En esta segunda aparición estelar (transcurridos cinco fundamentos jurídicos) de argumentación relativa a las amplias posibilidades interpretativas del nuevo párrafo del art. 16.1 LOTC está aún más latente el reconocimiento de que –tal y como planteaban los recurrentes– las competencias relativas a la designación de magistrados del Tribunal Constitucional son equiparables a la función legislativa o a la presupuestaria, que no pueden quedar desnaturalizadas materialmente en manos de las Comunidades Autónomas. Por eso mismo, consciente de su opción, la Sentencia considera necesario rebatir individualmente los ejemplos concretos incluidos en la demanda como supuestos a los que podría extenderse el sistema de previa designación autonómica en el ejercicio de competencias de designación atribuidas por la Constitución a un órgano determinado: designación de magistrados del Tribunal Constitucional por otros órganos, designación de ministros o elección de parlamentarios. Entra así el juez constitucional en el juego de los recurrentes y comete un grave error: seguramente no sea muy inteligente por parte de un órgano jurisdiccional discutir hipótesis futuras de posibles normas aún no existentes. Desde que lo hace, acepta entrar en el fondo de las mismas –para admitirlas o asentir en su improcedencia– prejuzgando preventivamente posibles asuntos futuros y saltándose su deber de mínima intervención.

Respecto al primer ejemplo el Tribunal sale, sin embargo, bastante bien parado, pues le niega validez ejemplificadora, esquivando pronunciarse sobre la constitucionalidad de la norma no cuestionada (que implícitamente sí parece reconocer). Así, señala el hecho de que, precisamente, a la elección de miembros del CGPJ se le ha añadido legalmente un requisito previo cual es que las candidaturas cuenten con el respaldo de una asociación profesional de jueces o de un determinado número de firmas. La Sentencia enuncia este hecho pero no puede sacar las conclusiones ni los paralelismos que

cabe deducir y que habrían podido abrir la puerta a una argumentación más sólida constitucionalmente. El error de utilizar la regulación contenida en el texto de una Ley (cuya constitucionalidad se presume, pero sólo en tanto no ha sido nunca cuestionada regularmente) para respaldar la constitucionalidad de otra le impide, por un mínimo respeto al principio de *self restraint*, prejuzgar la legitimidad constitucional de la "ley ejemplo". De ese modo no llega a explicitar algo que habría venido muy bien para entender cómo se articula la constitucionalidad de estos requisitos añadidos a las facultades de designación de órganos.

Indudablemente, los requisitos previos que exige la LOPJ a las candidaturas para los miembros del CGPJ sólo serán constitucionales en la medida en que superen un test de proporcionalidad que nos permita dilucidar si realmente son auténticos requisitos previos o determinan el resultado de la elección con tal intensidad que entran en el terreno propio de ésta. Así, la proporcionalidad vendrá determinada de manera especial por el fin que se busque con tales requisitos e incluye la necesidad de que se trate de alcanzar un objetivo constitucionalmente protegido, que los requisitos o restricciones introducidos resulten adecuados para dicho objetivo sin limitar desproporcionadamente otros intereses constitucionales y que no se restrinjan las facultades atribuidas por la Constitución hasta hacerlas irreconocibles. En el caso de la LOPJ, no cabrían restricciones ajenas a la función constitucional del CGPJ. Por ejemplo, no cabría exigir un número absolutamente desproporcionado de firmas ni, seguramente, el respaldo de varias asociaciones judiciales, de tal manera que se limitase excesivamente el número de candidatos que reunieran los requisitos legales.

Todo ello podría haber sido también aplicado al caso que nos ocupa, de modo que la Sentencia hubiera construido una solución general, aplicable a todos los supuestos de facultades de nombramiento atribuidas directamente por la Constitución a determinados órganos. En vez de ello, el Tribunal, aunque no ha evitado aludir a estos casos concretos, lo ha hecho dando soluciones dispares y de escasa entidad constitucional. Sobre todo, además, ha desperdiciado la ocasión de elaborar una doctrina general.

Tal estrechez de miras se manifiesta especialmente al desmontar el resto de ejemplos de los recurrentes aplicando un diferente modo de razonar a cada uno de ellos. Entre medias, además, el Tribunal

parece dar la razón a los autores del recurso, aceptando que normas del tenor ejemplificado serían inconstitucionales; algo sobre lo que no debería haberse pronunciado. Así, desecha la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan seleccionar los candidatos a ministros del Gobierno o a las elecciones generales, destacando la especial vinculación de los ministros con el Presidente del Gobierno y la de los parlamentarios con el cuerpo electoral, y esquivando nuevamente la ocasión de elaborar una doctrina clara, explícita y de aplicación general.

No obstante, y acaso inadvertidamente, el Tribunal sí que está utilizando una doctrina latente en todos estos razonamientos, que puede aprehenderse mediante una cierta reconstrucción argumental. A fin de cuentas, al destacar la vinculación del Presidente del Gobierno y los Ministros lo que implícitamente se viene a afirmar es que resultaría contrario al principio de proporcionalidad –entendido tal y como antes señalamos– el vincular el nombramiento de ministros con una propuesta previa autonómica, en la medida en que no guardaría relación con las funciones constitucionales del Presidente y los Ministros. Es decir, que se trataría de un fin ajeno a la posición constitucional del órgano que elige y a la finalidad que la Constitución busca mediante el procedimiento electivo. Sin decirlo –y quizás sin saberlo– el Tribunal está aplicando un elemento del test de proporcionalidad. Lo aplica para resolver, como quien resuelve un pasatiempo, otras hipótesis de modulación en competencias constitucionales de designación, pero no lo aplica a la competencia del Senado para designar magistrados del Tribunal Constitucional.

2.5. Una solución autonomista pero demasiado abierta

En última instancia la Sentencia vuelve al argumento inicial de la indeterminación de la ley impugnada y la amplitud de su remisión al Reglamento Parlamentario. Sin embargo, contagiado por la tendencia al ejemplo concreto, acaba invocando uno que le traerá no pocos quebraderos de cabeza:

De lo expuesto cabe deducir, entre otros extremos, que el tenor literal del art. 16.1 LOTC permite que el Reglamento del Senado pueda, entre otras fórmulas, prever, incluso, mecanismos que hagan posible que sea la propia Cámara la que proponga can-

didatos a Magistrados del Tribunal Constitucional en el supuesto excepcional de que el sistema de elección de dichos Magistrados previsto con carácter general no culmine con esta elección, garantizando así que la Cámara Alta cumpla con su obligación constitucional (FJ 14).

Este párrafo no sólo era innecesario sino que además plantea muchas más dudas de las que pueda resolver. La intención, sin duda, es señalar que dónde la ley dice que los magistrados deberán ser elegidos “entre los candidatos” autonómicos ello no excluye radicalmente la posibilidad de que se elijan finalmente otros magistrados, preparando así el terreno para la próxima Sentencia sobre el Reglamento del Senado. A primera vista choca que se insinúe ya cuál sería el posible desarrollo legislativo más adecuado para la ley. Y choca más por el hecho de que en el momento de dictarse la Sentencia ese desarrollo ya se había producido²¹ y precisamente en el sentido ahí expresado, y además el Reglamento del Senado había sido ya impugnado ante el Tribunal Constitucional; no deja de ser un ejercicio de cierta aparente hipocresía utilizar tono de hipótesis para referirse –interesadamente– a algo que efectivamente se había producido, que el Tribunal no podía no saber y sobre lo que habría de pronunciarse próximamente. Querer determinar (o casi prejuzgar) la Sentencia posterior es algo comprensible y hasta –quizás– aconsejable desde el punto de vista de la coherencia jurisdiccional, sin embargo resulta innecesario hacerlo con un encubrimiento tan burdo que viene a restar credibilidad a la decisión.

Por otra parte, la alusión a la excepcionalidad parece contradecirse con toda la argumentación que se ha seguido hasta el momento: el Tribunal había partido, en coincidencia con la tesis del recurso de inconstitucionalidad, de que el Senado tiene unas facultades en la elección de magistrados constitucionales a las que no puede renunciar de manera general. Sin embargo, ahora inesperadamente acepta la legitimidad de que la iniciativa senatorial para incluir sus propios candidatos sea una posibilidad absolutamente excepcional y que la regla general, por tanto, sea que los candidatos los seleccionen los parla-

21. Esta STC 49/2008 se aprueba el 9 de abril de 2008. La reforma del Reglamento del Senado había sido publicada el 22 de noviembre de 2007 (más de cuatro meses antes) e impugnada ante el propio Tribunal Constitucional el día 10 de enero de 2008, es decir tres meses antes.

mentos autonómicos y no el Senado. Esta solución podría resultar aceptable constitucionalmente, pero aparece huérfana de toda motivación y es distinta a la que aparentemente se ofrece en el resto de la Sentencia.

Parece, pues, que en el último momento el juez constitucional se da, de pronto, cuenta de que no es cierto que la competencia de designación que el art. 159.1 CE da al Senado sea tan extensa como para abarcar la libertad de la Cámara Alta en la determinación de candidatos. En vez de ello entiende ahora que la autonomía del Senado en el ejercicio de su competencia se extiende únicamente a la garantía de que las asambleas parlamentarias autonómicas no puedan, mediante su inactividad u otros métodos, bloquear su ejercicio. La excepcionalidad sólo puede ser entendida como eso, como cláusula de garantía para que desde fuera del Senado no se bloquee el procedimiento.

Así pues, ya no se presenta como necesario que el Senado mantenga su capacidad de decidir acerca de los candidatos (que implica la posibilidad de controlar el proceso y reduce la intensidad de la participación autonómica considerada constitucionalmente legítima) sino que tan sólo debe poder ejercer en plenitud la facultad de elegir, evitando que el hecho mismo de nombrar o no miembros del Tribunal Constitucional pase a ser una decisión de otros órganos. Con ello el Tribunal legitima una participación autonómica mucho más determinante y cercana a la que se deduce de la literalidad del precepto impugnado: la Constitución permitiría que se atribuya a las asambleas parlamentarias autonómicas **en exclusiva** la decisión sobre los candidatos, si se salvan situaciones excepcionales de parálisis institucional. La facultad propia del Senado quedaría salvaguardada con la mera posibilidad de plantear candidatos propios en casos de bloqueo de la elección.

El problema de esta decisión es su poca autoridad. El Tribunal, en apenas tres fundamentos, ha dado dos respuestas distintas en torno a en cuál es el núcleo de la competencia que el art. 159.1 CE atribuye al Senado, y las dos las presenta tal cual, desprovistas de razonamiento argumentativo alguno. La sociedad, destinataria de la Sentencia, se queda sin saber si el Senado ha de poder determinar los candidatos entre los que elegir, o esta determinación se puede ceder a las comunidades autónomas con la mera cautela de impedir un bloqueo institucional. La Ley se considera conforme a la Constitución

pero no se aclara por qué, la Constitución queda ininterpretada. Quizás se trate de un primer ejemplo de "Sentencia optativa", que da varias soluciones interpretativas y ofrece a sus destinatarios que elijan libremente la que más les convenga para justificar el fallo. Política-mente permite al Tribunal ahorrarse algunas críticas, pero desde el punto de vista de la técnica y la responsabilidad jurídica mina la posición del propio órgano de control de constitucionalidad.

2.6. Y un apunte final sobre el sistema de fuentes

La idea matriz que lleva a aceptar la legitimación del precepto impugnado es que los amplios términos en que está formulado permiten diversas interpretaciones, entre ellas una en la que el Senado, siquiera excepcionalmente, nombre a sus propios candidatos. Para algunos de los magistrados disidentes esta interpretación del art. 16.1 LOTC resulta excesivamente forzada, si bien ninguno hace de ello caballo de batalla en su crítica a la Sentencia. En lo que coinciden los tres, sin embargo, es en una cuestión sobre la que la Sentencia pasa como sobre ascuas.

Se trata de la conocida, y comentada, cuestión relativa a la idoneidad de la LOTC para regular el procedimiento de elección de magistrados en el seno del Senado. El Tribunal despacha rápidamente la cuestión señalando de una parte que la norma se dicta en este caso de modo amplio, requiriendo desarrollo parlamentario posterior y va dirigida también a las comunidades autónomas. De otra parte que la reserva de LOTC obliga a que sea esta norma la que opere como cierre del sistema y por ello la única capaz de introducir participación autonómica en la previsión constitucional de elección de magistrados por el Senado.

Sin embargo, tanto los magistrados que formulan voto particular como parte de la doctrina científica,²² vinculan de manera determinante la constitucionalidad del precepto desde el punto de vista material del art. 159.1 CE con la cuestión de su posición en el sistema de fuentes. En resumidas cuentas, lo que se viene a decir es que pues-

to que el precepto viene a recortar una facultad atribuida constitucionalmente al Senado, se trata de algo que podría hacer la propia Cámara Alta ejerciendo su competencia, pero no puede venirle impuesto externamente por una Ley Orgánica.²³ Este planteamiento puede casar mal con la irrenunciabilidad de las competencias constitucionales del Senado, que ya vimos que está en la base del razonamiento de la decisión, pero abre la puerta al referido juicio de proporcionalidad. En última instancia se vendría a admitir la posibilidad –que es evidente– de modular el ejercicio de la competencia de designación y, eventualmente, atribuir algunas de sus facultades a los entes autonómicos, siempre y cuando lo hiciera el propio órgano y resultara constitucionalmente proporcionado.

Choca por ello advertir que la inmediata Sentencia sobre la constitucionalidad del Reglamento del Senado no avanza por este camino sino por otro muy diferente.

3. La STC 101/2008 sobre la reforma del Reglamento del Senado

El 10 de enero de 2010, cincuenta y un Senadores del Grupo Parlamentario Popular del Senado interpusieron recurso de inconstitucionalidad contra la reforma del reglamento del Senado aprobada el 21 de noviembre de 2007, por la que –de conformidad con la anterior reforma de la LOTC– se introdujo el art. 184.7 del mismo, con el siguiente tenor literal:

La elección por el Senado de los cuatro magistrados del Tribunal Constitucional, cuyo nombramiento ha de proponerse al Rey, según lo previsto en el artículo 159 de la Constitución, seguirá el procedimiento previsto en este Capítulo con las siguientes especialidades: a) El Presidente del Senado comunicará a los Presidentes de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas la apertura del plazo para la presentación de las can-

23. En palabras de Juan Luis Requejo: “una norma como la incluida en el artículo 16.1 LOTC tendría perfecto acomodo en el Reglamento del Senado, esto es, en la norma rectora de la Cámara aprobada con su sola voluntad en ejercicio de su autonomía institucional. Pero no en una ley orgánica (ni siquiera en la del Tribunal), es decir, en una norma aprobada con el concurso del Congreso de los Diputados”, cfr. *cit.* Doctrina, 2008, p. 213.

didaturas. Cada Asamblea Legislativa podrá, en ese plazo, presentar hasta dos candidatos, resultando aplicable lo dispuesto en los apartados 3 y 4 de este artículo. b) La Comisión de Nombramientos elevará al Pleno de la Cámara una propuesta con tantos candidatos como puestos a cubrir, que deberán haber comparecido previamente en la Comisión. Si no se hubieran presentado en plazo candidaturas suficientes, la propuesta que se eleve al Pleno podrá incluir otros candidatos.

En el recurso se reiteran los argumentos referidos a la nueva redacción del art. 16.1 LOTC, resueltos en la Sentencia anterior, pero también se introducen algunos nuevos, referidos de modo específico al precepto del Reglamento del Senado, que serán los únicos que aborde el Tribunal. El parámetro de constitucionalidad, nuevamente, será el art. 159 CE.

La STC 101/2008 tiene una estructura y un tono radicalmente distintos de la STC 49/2008. Comienza dedicando varios fundamentos jurídicos (los numerados como 6 y 7) a interpretar los preceptos reglamentarios sin realizar ningún juicio real de fondo sobre su constitucionalidad. De ese modo, se desestiman varias objeciones de constitucionalidad por la simple vía de afirmar que el precepto no dice lo que los recurrentes decían que dice. Se trata de las tachas referidas a que la nueva regulación impedía al Senado descartar candidatos presentados por los parlamentos autonómicos que no reunieran los requisitos exigidos. Al hilo de las mismas, la Sentencia va a dedicar sus fundamentos jurídicos 4 a 7 a detallar y definir el procedimiento por el que, con las nuevas disposiciones reglamentarias, debe procederse a la designación autonómica de candidatos a magistrados del Tribunal Constitucional. Así señala que las candidaturas deberán ser presentadas por las propias asambleas autonómicas. Posteriormente el Senado, a través de su Comisión de Nombramientos, puede controlar el cumplimiento por los mismos de los requisitos previstos en el art. 159.2 CE y eleva en consecuencia al Pleno una propuesta. En caso de que el sistema de propuesta autonómica no permitiera al Senado ejercer la competencia de designación que tiene atribuida, la Comisión de Nombramientos, de manera excepcional, puede incluso incluir candidatos distintos a los inicialmente propuestos. Esta previsión excepcional,

permitiría a la Cámara reaccionar ante el supuesto, improbable pero no imposible, de que hubieran sido presentados menos

candidatos que puestos a cubrir. En tal supuesto entraría en juego la regla contemplada en el inciso final del art. 184.7 b) RS, de forma que la Comisión de Nombramientos elevaría al Pleno del Senado una propuesta que incluiría candidatos surgidos de las propuestas formuladas en el seno de la propia Cámara. (FJ 8)

Es, precisamente, al hilo de esta previsión cuando se aborda la auténtica cuestión de fondo de este caso. Como bien señala la Sentencia, de lo que se trata es de decidir hasta dónde debe poder llegar la libertad del Senado de rechazar las candidaturas presentadas por los parlamentos autonómicos.

Nótese que estamos ante un *tertium* en la identificación de cual es la competencia básica e irrenunciable del Senado en la materia. Se dijo que el Senado no puede renunciar a determinar los candidatos, se dijo que el Senado no puede renunciar a ejercer su función pese a una situación de bloqueo y se dice ahora que a lo que el Senado no puede renunciar es a cierta libertad de rechazo de las candidaturas, cuyo alcance está aún por definir.

El punto de partida, antes de proceder a estudiar si cabe interpretar la norma conforme a tal previsión, será esta vez que el procedimiento que se establezca no podrá abocar indefectiblemente a que el Senado esté obligado a aceptar en todo caso los candidatos propuestos por los Parlamentos autonómicos. Ése es el límite que se fija esta vez y que surge –como una nueva bolita de trilero– directamente a partir de la idea de libertad de la Cámara.

Esta libertad se concreta específicamente, en lo que respecta a la norma reglamentaria sometida a control, en la necesidad de que los candidatos propuestos por la Comisión de Nombramientos cuenten con la confianza política del Senado, manifestada en la voluntad de la propia Comisión al hacer la propuesta, o en la del Pleno al votarla. El argumento se reconduce a la imposibilidad de bloqueo de la competencia de designación de magistrados por parte de los entes autonómicos (no hay duda de que ésa sí que es la mínima manifestación de tal competencia constitucional), pero equiparando la propuesta de candidatos que no sean del agrado del Senado a la falta de propuestas suficientes. Así se afirma que el bloqueo “podría darse tanto si las Asambleas Legislativas no atendieran a la invitación del Senado para

presentar candidatos, como si los presentados no reunieran los requisitos necesarios o no resultaran, a juicio de la Comisión de Nombres –cuya voluntad, en virtud de su propia composición y funcionamiento, es legítimo trasunto de la del Pleno, al que, en todo caso, compete la última palabra–, merecedores de la confianza institucional del Senado” (FJ 9).

Con esta perspectiva, el Tribunal opera una interpretación creativa de los preceptos impugnados para adecuarlos al nuevo parámetro de constitucionalidad recién inventado. En virtud de la misma:

el supuesto reglamentario se referiría, no solamente a la inexistencia de candidaturas en número suficiente en relación con los magistrados a designar, sino también a la eventual inidoneidad de los candidatos presentados, entendido esto último relativo no ya al incumplimiento de los requisitos formales sino al juicio subjetivo que la Cámara, a través del procedimiento reglamentariamente previsto, ha de formarse sobre los candidatos presentados y que se expresará en términos de aceptación o rechazo de los mismos.

Para ello, el único mecanismo de que dispone el Tribunal es la manipulación de la expresión “candidaturas suficientes” que aparece en el precepto. Invocando el principio de conservación de la norma, descubre que el adjetivo “suficiente” puede tener un significado cualitativo, no meramente cuantitativo. Así, lo equipara a “idóneo” (que es, por otra parte, la segunda acepción de la palabra en el diccionario de la RAE). Como resultado, llega a la interpretación de que si los candidatos presentados por las comunidades autónomas no merecen la confianza de la Comisión de Nombres del Senado, ésta podrá proponer los suyos propios. Del mismo modo, si ninguno de los candidatos autonómicos obtuviera la necesaria mayoría de tres quintos, también podrá el Pleno del Senado elegir entre otros.

No se sabe si con un ápice de ironía, el Tribunal destaca que esta interpretación es compatible con que el art. 16.1 LOTC (declarado constitucional) establezca que el Senado ha de elegir a los magistrados entre los candidatos previamente presentados por las Asambleas Legislativas autonómicas, pues al fin y al cabo eso es lo que hace, en principio. Elige entre los candidatos autonómicos, salvo que decida no hacerlo.

En definitiva, se salva la constitucionalidad formal del precepto por la vía de vaciarlo completamente de su contenido original y reducir la intensidad de la participación autonómica. En última instancia viene a dársele materialmente la razón a los recurrentes en el sentido de que el Senado ha de ser libre de elegir a los candidatos que desee para magistrado del Tribunal Constitucional, sin quedar jurídicamente vinculado por las propuestas de los parlamentos autonómicos. Sólo por la vía de alterar radicalmente la dicción del Reglamento Parlamentario se evita declarar su inconstitucionalidad.

Cualquier analista llegaría inmediatamente a la conclusión de que jurídicamente ganan los recurrentes, diputados del principal partido de la oposición, aunque políticamente gane la mayoría parlamentaria que aprobó la reforma del Reglamento del Senado.²⁴

Como resultaría fácil de prever, las críticas de los votos particulares se ceban esta vez en los excesos cometidos al amparo de la doctrina de la interpretación conforme.

4. Valoraciones (de daños) y dudas

La grosera solución de la STC 101/2008 desmonta el sueño de la participación autonómica en la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional. Es, sin duda, consecuencia de la difícil situación política en la que se dicta y de su traslado al propio seno del Tribunal, pero también de la indefinición de su inmediato antecedente en la STC 49/2008. Si ésta hubiera ofrecido una solución clara y real a las cuestiones que se le planteaban, probablemente aquélla no hubiera podido incurrir en los excesos interpretativos en los que cae, en su afán de contentar políticamente a unos y a otros.

Podría defenderse, con fundamento, que la Sentencia sobre el Reglamento del Senado se contradice con la de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Seguramente sea así, por cuanto parece que

24. Así también Pedro Cruz Villalón, "El estado del Tribunal Constitucional", en *Claves de Razón Práctica*, núm. 191, abril 2009, p. 12: "Se ha visto como el Partido Popular, cuyas tesis han triunfado materialmente en estos recursos, se ha dado el capricho de poner el sistema patas arriba. Para muchos, lo único que parece importar es que la ley se haya salvado formalmente, mucho menos el que su sistema se haya evaporado, literalmente".

la primera acepta la legitimidad constitucional de ceder con carácter general a las comunidades autónomas la facultad de proponer candidatos para magistrados del Tribunal Constitucional, mientras que la segunda insiste en que la Constitución exige que en todo caso el Senado pueda nombrar sus propios candidatos si no le gusta la propuesta autonómica. Esta contradicción se hace especialmente llamativa si se tiene en cuenta que en el primer caso la atribución de la facultad de propuesta a las asambleas parlamentarias autonómicas la hacía una Ley Orgánica, mientras que en la Segunda era el propio Senado el que cedía facultades en su propio Reglamento, por lo que aparentemente el margen de acción era mayor.

Sin embargo, la defectuosa técnica jurisprudencial resta visibilidad real a esta contradicción. Ni una ni otra dan respuesta a lo que se esperaba, estableciendo claramente en qué consiste la competencia de designación que contiene el art. 159.1 CE y cómo funciona.

El ciudadano que lea detenidamente las dos Sentencias que comentamos no encontrará en ellas una definición de cuál es exactamente la “indeclinable función constitucional” del Senado en la elección de magistrados del Tribunal Constitucional. Resulta llamativo, porque esta función, a la que se alude reiteradamente pero no se delimita jamás, aparece como parámetro de constitucionalidad y constituye, por ello, el fundamento constitucional de ambas decisiones.

5. El fundamento constitucional de la participación autonómica

Como señalamos anteriormente, a la hora de interpretar el alcance de la competencia que el art. 159.1 atribuye al Senado, el Tribunal no estaba obligado a asumir como dogma la equiparación entre el Congreso y el Senado, pues hay antecedentes suficientes para pensar que cuando la Constitución reparte los magistrados entre las dos Cámaras parlamentarias que integran las Cortes Generales lo hace tomando en cuenta la prevista función del Senado como cámara territorial. Así, al prever que un tercio de los miembros del Tribunal Constitucional fueran designados por el Senado la Constitución no sólo busca la proyección de las mayorías parlamentarias en este órgano a través del obligado consenso para esta designación. La legitimación electoral indirecta quedaba asegurada con el tercio designado

por el acuerdo de las fuerzas parlamentarias presentes en el Congreso. En el caso de Senado hay razones de peso para pensar en que la Constitución no se limita a conceder una facultad libre e indisponible a la Cámara Alta sino que busca la participación territorial en el máximo órgano jurisdiccional del Estado.

Es cierto que en aquel momento resultaba difícil prever la evolución posterior de la estructura territorial del Estado; no obstante, sin duda se contaba con la posibilidad de que, fueran cuales fueran los elementos de federalismo finalmente presentes en la configuración del Estado español, el Senado les serviría de cauce de legitimación de la composición del Tribunal Constitucional. Así se desprende también de los antecedentes más directos de nuestro texto constitucional, entre ellos la Constitución republicana de 1931 cuyo art. 122 incluía en el Tribunal de Garantías un representante de cada una de las regiones del Estado.²⁵ Por otro lado, la experiencia comparada más significativa muestra que es una práctica uniforme el que en los estados federales los entes políticos territoriales participen en la designación de los magistrados de la corte constitucional del Estado. Con todo ello, las Sentencias hubieran podido partir, precisamente, de la distinta posición entre el Congreso y El Senado en cuanto al fundamento de su participación en la designación de magistrados del Tribunal Constitucional.

La competencia de designación prevista en el art. 159.1 CE se desgrena en una serie de facultades. El desarrollo legislativo y reglamentario de las mismas implica que lógicamente tengan que dictarse normas de procedimiento que regulen cuestiones como los requisitos que han de reunir los candidatos a partir de las líneas trazadas por el art. 159.2 CE o la elaboración de las candidaturas que finalmente se voten el Pleno.

En estrictos términos constitucionales no cabe duda de que en todo caso al Senado no se le puede privar de una votación final en Pleno por la que se elijan los nombres que se elevan al Rey para su nombramiento efectivo. Ése es el límite. Sin embargo, más allá de esta

25. La ley estableció que la elección de estos vocales se haría por la votación de todos los concejales de los ayuntamientos de cada región. Sobre esto y las consecuencias de esta elección en la crisis de la República, *vid.* Eduardo Espin, "Crisis de Gobierno y confianza presidencial en la II República" en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 17, 1980, pp. 87-115.

auténtica competencia indelegable, la apreciación de la incidencia que las normas que regulan el procedimiento tengan sobre el sistema constitucional de elección de magistrados exige una ponderación de los diversos intereses constitucionales legítimos. Sólo el legislador y el propio Senado pueden concretar el procedimiento de elección, a partir de las posibilidades que ofrece la Constitución y respetando el límite de no hacer irreconocible la distribución que realiza el art. 159 CE. El examen de constitucionalidad de la opción legislativa que se decida debería, por ello, sustentarse en el del juicio sobre la proporcionalidad de la ponderación legislativa.

Con esta perspectiva, las Sentencias comentadas resultarían jurídicamente más creíbles si hubieran abordado la cuestión con una estructura lógica mucho más clara. Ello implica definir en primer lugar en qué consiste exactamente el "sistema constitucional de elección de magistrados" que actúa como límite último a las posibilidades del legislador y a la autoorganización del Senado. A partir de ahí examinar si la norma enjuiciada establece mecanismos compatibles con ese límite último, enjuiciando su proporcionalidad constitucional.

Con este modo de razonar el resultado habría sido distinto. De una parte las dos Sentencias no tendrían fundamentos de fondo radicalmente opuestos, como tienen. De otro, el Tribunal se habría tenido que pronunciar claramente acerca de si, a la vista del objetivo constitucional de introducir la participación autonómica en la designación de sus magistrados por la vía del Senado, esa participación habría podido llegar hasta el punto de que, en principio, sólo las Comunidades Autónomas, por la vía de sus Parlamentos, puedan presentar candidatos.

Tanta claridad, exigible a cualquier auténtico Tribunal Constitucional, sin embargo, parece incompatible con la situación política e institucional de nuestro Tribunal Constitucional en aquéllos momentos.

RESUMEN

En la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 2007 se introdujo un mecanismo para la participación autonómica en el nombramiento de los magistrados del Tribunal Constitucional. Esencialmente se trataba de que los magistrados designados por el Senado hubieran de serlo de entre los propuestos por las Comunidades Autónomas. Tanto la Ley como su desarrollo en el Reglamento del Senado fueron impugnados ante el Tribunal Constitucional, que resolvió los recursos en las SSTC 49/2008 y 101/2008. Las Sentencias salvan la constitucionalidad de ambas normas mediante una interpretación de su contenido que viene a recortar significativamente las posibilidades reales de participación autonómica en estos nombramientos. Sorprende especialmente que, aunque el Tribunal acepta la constitucionalidad de la Ley por considerar que es una norma abierta que permite diversas interpretaciones en su concreción, luego, con ocasión del juicio sobre el Reglamento Parlamentario, quita todo carácter determinante a las propuestas autonómicas de candidatos. El artículo analiza el contexto y la argumentación de ambas decisiones.

Palabras clave: Tribunal Constitucional; nombramiento magistrados; participación autonómica; LOTC; reforma estatutaria.

RESUM

En la reforma de la Llei orgànica del Tribunal Constitucional de 2007 es va introduir un mecanisme per a la participació autonòmica en el nomenament dels magistrats del Tribunal Constitucional. Essencialment es tractava que els magistrats designats pel Senat haguessin d'estar entre els que proposaven les comunitats autònomes. Tant la Llei com el seu desenvolupament en el Reglament del Senat van ser impugnats davant del Tribunal Constitucional, que va resoldre els recursos en les sentències 49/2008 i 101/2008. Les sentències salven la constitucionalitat d'ambdues normes mitjançant una interpretació del contingut que retalla significativament les possibilitats reals de participació autonòmica en aquests nomenaments. Sorprenen especialment que, encara que salva la constitucionalitat de la Llei perquè considera que és una norma oberta que permet diverses interpretacions en la concreció, després, en el judici sobre el Reglament parlamentari, treu tot el caràcter determinant a les propostes autonòmiques de candidats. L'article analitza el context i l'argumentació de totes dues decisions.

Paraules clau: Tribunal Constitucional; nomenament magistrats; participació autonòmica; LOTC; reforma estatutària.

ABSTRACT

In the reform of the Organic Law of the Constitutional Court of 2007 a mechanism was introduced for autonomic participation in the naming of magistrates of the Constitutional Court. In essence, it dealt with the idea that the magistrates designated by the Senate have to be those who have been proposed by the autonomous communities. Both the Law as well as its development in Senate regulations were contested before the Constitutional Court, which settled the appeals in SSTC 49/2008 and 101/2008. The judgments dissent with the constitutionality of both laws by means of an interpretation of their content that significantly curtails the real possibilities of autonomic participation in the naming of judges. It is especially surprising that, although there is dissension with the constitutionality of the law, by considering that it is an open law that allows a variety of interpretations in its specificities, then, making the most of the occasion of judgment of the Parliamentary Regulation, it removes the entire determinant nature of the autonomic proposals of candidates. This article analyzes the context and the argument of both decisions.

Key words: Constitutional Court; naming of magistrates; autonomic participation; LOTC; statutory reform.