

II.
TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

SOBRE ÓRGANOS CONSTITUCIONALES Y CONSTITUCIÓN

PATRICIA RODRÍGUEZ-PATRÓN

SOBRE ÓRGANOS CONSTITUCIONALES Y CONSTITUCIÓN¹

PATRICIA RODRÍGUEZ-PATRÓN

Universidad Autónoma de Madrid

La última *Tribuna Constitucional* publicada en esta revista corrió a cargo de Eloy García. Trata en ella asuntos que —permítaseme la expresión común— me vienen ocupando y preocupando desde el inicio de mi carrera académica. Se refiere el citado profesor, primeramente, al hablar de la «reserva de Constitución», a las —así denominadas por Rawls— «esencias constitucionales» o «esencias de la Constitución». Dentro de ellas, nos interesan particularmente aquellas que hacen funcionar la estructura general del Estado y el proceso político. No le falta razón a mi colega cuando señala que la *reserva de Constitución* adquiere una dimensión particular en el tratamiento de este último elemento referido a la estructura general de la política y el Estado, en la medida en que al crear los órganos, poderes o instituciones operativos hace realidad la Constitución en términos políticos. Además de su creación, también le estaría reservada a la Constitución la definición de la estructura, funciones y tareas de esos «órganos de supremacía» y, en definitiva, su *modus operandi*, cuya alteración sólo podría producirse mediante la reforma de la Constitución.

Los órganos de supremacía constitucional —o, en expresión que prefiero, órganos constitucionales— son efectivamente creados por la Constitución, que fija, además, sus funciones esenciales y composición, así como, al menos en sus aspectos esenciales, el modo de elección de sus miembros. Puede decirse, asimismo, que se trata de órganos que dan forma a la concreta modalidad de ser y existir de cada orden constitucional, participando de forma limitada, a través y dentro del estricto marco de sus competencias y con plena sujeción al derecho, en la dirección política del Estado, como puso de relieve,

¹ Este trabajo es el resultado de la investigación del PID 2022-141112NB-I00 «La importancia de la independencia del Tribunal Constitucional para la defensa de la Democracia constitucional» —ITCDDC— correspondiente a la Convocatoria 2022 del Ministerio de Innovación y Ciencia.

entre otros, Romano. Esto no implica que sus funciones no pudieran ser ejercidas por otro órgano sino que, de ser así, la fisonomía de nuestro sistema constitucional cambiaría de forma significativa. Lo dicho indica la pertenencia de todos ellos al mismo rango jurídico-público, debiendo mantener entre sí una relación de coordinación e independencia. Porque, como señalaba Tomás y Valiente en 1988, «los órganos constitucionales están por fuerza interrelacionados y deben estar coordinados entre sí, porque el Estado es uno». La cooperación entre ellos, en cualquier caso, ha de regirse por la lealtad institucional o, en los términos utilizados por la doctrina alemana, «*Verfassungsgorgantreue*»; «*Interorganrespekt*» o «*Verfassungsorganfreundlichkeit*».

Así, Bernau ya señaló en 1955 que dentro de los «límites horizontales» del mismo Parlamento se encuentra el respeto al campo competencial de los demás órganos constitucionales, pues existe no solo un deber de respeto mutuo, sino de coordinación entre ellos para la correcta consecución de las tareas estatales fijadas en la Constitución. Para determinar cómo han de concretarse esa cooperación y esos límites recíprocos en cada caso hay que atender, desde luego, a la regulación constitucional del órgano de que se trate, que es la que define, en primer lugar, su posición en el ordenamiento. Pero también es necesario prestar atención a la estructura constitucional en su conjunto, observando los principios vertebrales de la Norma Fundamental. Entre ellos, el principio de división de poderes, como elemento formal del Estado de Derecho, se concreta en el respeto a la repartición de las tareas entre los distintos órganos, así como a los fines y autoridad de cada uno de ellos en el conjunto del sistema.

De ahí se deduce, por ejemplo, como he tenido ocasión de recordar recientemente, que también la Ley Orgánica del Poder Judicial debe respetar la autonomía y autoridad del Consejo General del Poder Judicial cuando lleve a cabo la encomienda del art. 122.2 CE de regular el estatuto y régimen de incompatibilidades de sus miembros y sus funciones. Pues, aunque su vinculación a la Constitución es «de carácter negativo, excluyente de toda transgresión constitucional, pero no impositiva de una sola configuración del órgano, acabada en todos sus extremos (STC 196/2016, de 15 de noviembre, FJ 3), queda necesariamente condicionada, no solo por la regulación constitucional del órgano, sino también «por el respeto [...] a la naturaleza del Consejo» (STC 108/1986, FJ 12) y por lo que impongan, en general, las demás reglas y principios constitucionales».

Otro tanto de lo mismo puede decirse de la relación entre el Tribunal Constitucional y la ley orgánica que lo regula. De acuerdo con las exigencias constitucionales, esta no sólo debe respetar la independencia del órgano – pues, como pone de manifiesto Umbach, el legislador debe atender al *status* del Tribunal tal y como se desprende de la Constitución—, sino además facilitar en lo posible el adecuado cumplimiento de sus competencias, lo que incluye la coordinación con la actuación de otros órganos del Estado en aquellos casos en que sea necesario. Así, por ejemplo, la ley no debe entorpecer el funcionamiento del Tribunal impidiéndole, por ejemplo, la adaptación a sus necesidades cotidianas o la defensa de su propio estatus. En

definitiva, el legislador tiene la obligación de asegurar la capacidad funcional del Tribunal Constitucional y respetar su autoridad.

Ahora bien, la experiencia nos dice que —también respecto a los órganos constitucionales— la acción política puede transcurrir en paralelo a la Constitución, siguiendo sus propios criterios y prescindiendo de los que se derivan de esta. Un ejemplo de ello lo encontramos en Austria, cuyo federalismo constitucionalmente diseñado (por Kelsen) no se reconoce en la realidad política e institucional, hasta el punto de que Jan Erk se ha referido a ella como «una federación sin federalismo». Ello se refleja también en la posición de uno de sus órganos constitucionales, el Senado o Consejo Federal, que es definido por la doctrina y por la opinión pública, en general, como una Cámara de representación devaluada pues, en realidad, transmite la propia endebles del federalismo austriaco. De hecho, durante largo tiempo los representantes de los *Länder* no han defendido sus intereses a través de la Cámara Alta (que, en la práctica, no los representa) y han venido practicando otras alternativas de negociación y colaboración vertical y horizontal, la más destacada, la llamada Conferencia de Gobernadores de los *Länder*. Tampoco tiene relevancia alguna desde el punto de vista del control del Gobierno, pues no se utilizan en ella los pocos mecanismos de control de los que le ha dotado la Norma Fundamental. Por todo ello, pese a la posición formal que se deriva de su texto, el *Bundesrat* no desempeña un papel relevante en la política interna del país y se presenta como un órgano disfuncional. Y todo ello no por mor de la regulación constitucional, sino de la práctica política, que prefiere actuar al margen de la Constitución antes que iniciar una reforma sobre la que no hay consenso. Con todo, la situación no resulta dramática en tanto que no afecta a ningún pilar esencial del estado social y democrático de Derecho y en realidad supone, por acuerdo general y sucesivo, vivir el principio federal «a la austríaca».

También aquí la práctica política ha venido deformando algunos órganos constitucionales, pero, a diferencia de lo ocurrido en Austria, esa deformación no se ha producido por consenso de todas las fuerzas políticas sino a golpe de mayoría o de minoría, según los casos, provocando —de facto— una grave perturbación en la división de poderes y, con ello, en el Estado de derecho. Así ha sucedido, por poner algún ejemplo gráfico de todos conocido, con el Tribunal Constitucional o con el CGPJ, respecto de los cuales, la exigencia de los 3/5 de los miembros de cada una de las cámaras ha favorecido los bloqueos por parte de las minorías de turno, provocando retrasos inadmisibles en su renovación que encuentran su culmen —hasta la fecha— en lo vivido con el Consejo, que ha merecido incluso el reproche de la Comisión Europea en el capítulo dedicado a nuestro país en el Informe sobre el Estado de Derecho del año 2020 y en dos informes posteriores, donde se alerta, entre otras cosas, de la grave anomalía que supuso el retraso.

Con la finalidad de acabar con las situaciones de bloqueo de este último órgano se intentaron —sin ningún éxito— distintas fórmulas, algunas de las cuales han significado un ataque frontal a su condición de órgano constitucional. Entre esas fórmulas podemos destacar dos que nos parecen especialmente graves. Una en grado

de tentativa: en el año 2020, los Grupos parlamentarios socialista y Unidas Podemos–En Comú Podem–Galicia en Común presentaron una proposición de ley de modificación de la LOPJ, de acuerdo con la cual, se mantenía en primera votación la mayoría de 3/5 para la elección por el Congreso o el Senado de los 12 vocales de extracción judicial, pero se rebajaba a mayoría absoluta en la segunda votación, en caso de no alcanzarse los 3/5 en la primera, de modo que —de hecho— se hacía innecesaria la participación de la minoría. Las críticas se sucedieron desde todos los ámbitos, pero especialmente desde el poder judicial, por lo que jueces y magistrados se dirigieron por carta a las instituciones europeas en busca de amparo. La petición dio sus frutos y se produjo un pronunciamiento del Presidente del Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa (GRECO) y de la Comisión Europea alertando del peligro que corría la independencia judicial y, con ello, la separación de poderes. Todo ello llevó a que, en mayo de 2021, los grupos parlamentarios que habían presentado la propuesta la retiraran.

Como último intento legislativo hasta la fecha para provocar el desbloqueo por parte de la minoría parlamentaria de la renovación del Consejo, cristalizó la Ley Orgánica 4/2021, de 29 de marzo, en la que se fija un régimen jurídico específico del CGPJ en funciones. La reforma, por la fuerza de la mayoría parlamentaria, ha tenido sometido al Consejo durante años, colocándolo en una situación humillante. Atándole las manos mientras estuviera en funciones, lo convirtió en un órgano atrofiado, incapaz de dar respuesta a las necesidades del poder judicial a cuya independencia está obligado constitucionalmente a servir. Para remate, se le impedía toda defensa frente a otros órganos constitucionales que pudieran en estas circunstancias usurpar o perturbar sus atribuciones.

En definitiva, la norma no respeta las condiciones esenciales de libertad que requiere el órgano para ejercitar sus poderes en concordancia con su propia autoridad y al margen de indebidas injerencias externas. En primer lugar, porque la evidente utilización política a la que contribuye, implica ignorar su paridad de rango como órgano constitucional, situándolo en una posición de inferioridad. Recortando algunas de las funciones consustanciales a su condición de tal en tanto se encuentre «en funciones», se le priva además de su independencia funcional y se socava gravemente la autoridad que le es propia, pues se le incapacita para llevar a cabo la función que la Constitución le ha asignado.

Tal medida de fuerza contra el Consejo se adopta, según reza la exposición de motivos de la norma como «medio para favorecer la renovación» o, dicho de forma más clara, para obligar a la minoría a que desbloquee la renovación. Y tal finalidad parte de una premisa tan real como perversa: la utilización política del Consejo, que resulta aceptada por todos los llamados a participar en ella y que justificaría, según el legislador orgánico, este episodio de violencia vicaria sobre el gobierno de los jueces.

La aprobación de la Ley Orgánica 8/2022, de 27 de julio, de modificación de los artículos 570 bis y 599 de la Ley Orgánica 6/1989, de 1 de julio, del Poder Judicial vino a confirmar, dada su incoherencia, que las limitaciones establecidas en la LO

4/2021 nada tenían que ver —según rezaba el preámbulo de esta última— con el establecimiento de «*un régimen jurídico completo y adecuado*» para el Consejo en funciones, lo que fue resaltado por el propio órgano en su Acuerdo de 11 de julio de 2022. Como ha señalado González Campaña, se trató de una contrarreforma, puesto que modifica la reforma elaborada apenas un año antes, levantando la prohibición de realizar nombramientos mientras el órgano esté en funciones, pero exclusivamente para el nombramiento de los dos Magistrados del TC que, conforme a lo dispuesto en el art. 159 CE, le correspondía realizar al Consejo junto al Gobierno en aquel momento. De esta manera, la mayoría parlamentaria pensaba asegurarse de que los candidatos del Gobierno a Magistrados del TC —que ya habían sido designados— ocupaban sus cargos tempestivamente, pues la toma de posesión debía producirse a la par con los candidatos elegidos por el CGPJ, aunque como es sabido la cosa se complicó, pues no se conseguía un acuerdo en el seno del CGPJ para llevar a cabo la elección de sus dos candidatos a magistrados del TC.

Ante la perspectiva de que la elección por el Consejo se alargara más de lo deseado, el ejecutivo —en una nueva vuelta de tuerca— emplazó formalmente al Tribunal para que procediera a realizar el trámite de verificación de la idoneidad de sus candidatos, de forma que pudieran acceder al cargo inmediatamente, sin necesidad de esperar a la designación por parte del CGPJ. Igualmente, en el seno del Tribunal, tres de sus miembros (Cándido Conde Pumpido, Inmaculada Montalbán y Juan Ramón Sáez) solicitaron del entonces presidente, Pedro González-Trevijano, que convocara el Pleno para proceder a dicho trámite. Este convocó al pleno, efectivamente, el 30 de noviembre de 2022, pero para someter a debate con el resto de magistrados la citada propuesta y escuchar a todos ellos. Pese a no producirse votación formal, el Tribunal en pleno uso de su autonomía adoptó una decisión: 8 de los 11 magistrados se mostraron a favor de no proceder al trámite de verificación hasta tanto no se celebrara el Pleno del Consejo General del Poder Judicial que tendría lugar el 22 de diciembre, dando a este así un margen de tiempo para hacer su nombramiento².

Dada la situación descrita, los grupos parlamentarios que sostenían al Gobierno, decidieron presentar dos enmiendas a la Proposición de Ley Orgánica de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso, en un intento de cerrar aún más el cerco al Consejo y al TC mediante una modificación de sus leyes orgánicas de dudosa constitucionalidad. En la Enmienda 61 —que reformaba la LOPJ— se establecía que si, en el plazo de tres meses, el primero no procedía a la elección de los dos magistrados del TC que le correspondían por mayoría de 3/5, se abría un proceso acelerado para su elección por mayoría simple, de acuerdo con el cual, cada vocal podría votar a un solo candidato o candidata, resultandos elegidos los dos Magistrados

² De todo ello se da cuenta en el diario *El Mundo*: <https://www.elmundo.es/espana/2022/11/30/638761a0fdddfdb458b45ef.html>.

o Magistradas que obtuvieran un mayor número de votos. En caso de empate entre varios candidatos, sería el Presidente titular, interino o en funciones, quien, en la misma sesión plenaria, debería dirimir el empate. El precepto concluía determinando «responsabilidades de todo orden que se deriven del ordenamiento jurídico, incluidas las penales» «si por la acción u omisión de quien ejerza la presidencia, titular, interina o en funciones, o de cualquiera de los vocales, se incumpliera, culposa o dolosamente, lo previsto en los apartados anteriores». Y ello «en atención al carácter imperativo del procedimiento», lo que no deja de ser llamativo si se tiene en cuenta que las Cámaras, que pretendían aprobar dicha enmienda, llevaban años sin cumplir con su deber de renovación del Consejo y habían incurrido igualmente en numerosos retrasos en la elección de los Magistrados del TC cuando a ellas les correspondía.

La enmienda 62, por su parte, permitía con una modificación de la LOTC que los candidatos a magistrados del TC del Gobierno pudieran acceder al cargo aunque el CGPJ no hubiera propuesto a los suyos (en clara contradicción con lo dispuesto en el art. 159.3 CE) y sustraía al Pleno del Tribunal su competencia para verificar la idoneidad de los candidatos como requisito de acceso al cargo (que es una función íntimamente ligada a su carácter de órgano constitucional), otorgándosela al órgano proponente, lo que evidentemente equivale a su supresión.

La admisión por la Mesa de la Comisión de las citadas enmiendas fue recurrida en amparo por diputados del Grupo Parlamentario Popular, solicitando su suspensión parlamentaria, que fue otorgada por el TC en su ATC 177/2022, de 19 de diciembre y confirmada mediante ATC 178/2022, de 21 de diciembre, razón por la cual no llegaron a ver la luz, pese a que el recurso de amparo no ha sido resuelto a fecha de cierre de esta Tribuna. Tampoco la mayoría parlamentaria presentó nueva proposición de ley para proceder a las reformas contenidas en las enmiendas controvertidas, pues poco después del dictado de los citados autos, el CGPJ procedió a la designación de los dos candidatos a Magistrados del TC que le correspondía proponer.

El Auto 177/2022, procede a la admisión del amparo planteado, entre otras cosas, porque el asunto presenta una especial trascendencia constitucional, al plantear una cuestión jurídica de «relevante y general repercusión social», que, además, tiene «unas consecuencias políticas generales» [STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2 g)]. Porque, para el Tribunal «Lo que está en juego en el presente caso no es solo la eventual reparación del derecho fundamental de los diputados recurrentes en amparo al ejercicio de sus funciones representativas (art. 23.2 CE), sino también la integridad del procedimiento legislativo en la regulación de una cuestión fundamental para la estructura institucional del Estado y su régimen de mecanismos de garantía y control previstos en el ordenamiento, como es la designación de magistrados del Tribunal Constitucional» (FJ 6). Olvida el TC señalar que también se afectaba gravemente a otro órgano constitucional, el CGPJ. Pero lo que nos interesa ahora destacar no es la vertiente procesal de esa decisión, sino lo que pone de relieve: el TC entiende, como no puede ser de otro modo, que la regulación de su funcionamiento y composición es una cuestión vital para nuestro sistema constitucional.

Esa posición, que pone en valor la importancia del TC en el sistema constitucional, contrasta con la argumentación sostenida después en la STC 128/2023, de 2 de octubre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la reforma de la LOPJ que introduce la regulación del CGPJ en funciones, la cual, apegándose formalmente a las prescripciones constitucionales referidas al CGPJ, prescinde en realidad de su significado constitucional, en tanto se ignora la posición que el Consejo ocupa en nuestro ordenamiento, así como la alta función que está llamado a cumplir por determinación del constituyente. Y lo que es más grave todavía, identifica su legitimidad con una suerte de «representatividad» de la mayoría parlamentaria contingente, pervirtiendo la configuración que del órgano lleva a cabo la Constitución.

Elisa de la Nuez ponía de relieve hace algo más de un año, precisamente, la gravedad de que se realice con total naturalidad esa identificación. Se refiere de la Nuez al Tribunal Constitucional —pero sus reflexiones podrían extenderse sin forzarlas al Consejo General del Poder Judicial— afirmando que sostener en el debate público que dicho órgano «tiene que atender a las mayorías parlamentarias ya no se considera algo descabellado o propio de populistas o/e ignorantes —que suelen coincidir, por cierto— sino que ahora se defiende con naturalidad y, como ahora toca que la mayoría sea progresista, hasta como una esencial garantía democrática». En este mismo sentido, puede decirse que aceptar con normalidad —aunque solo sea cuando conviene— que los órganos constitucionales del Estado pueden ser manipulados por el legislador a conveniencia resulta frontalmente contrario al principio de división de poderes del que, por ser pilar insustituible de cualquier democracia, ningún Estado constitucional digno de ese nombre puede prescindir.

Cambiar esa inercia en el interior de los partidos y de las instituciones pasa en primer lugar por entender lo que Eloy García señala en su tribuna: qué son los órganos constitucionales y qué importancia tienen en nuestro sistema. Sólo dentro de este se puede valorar adecuadamente si su regulación legal se adecua o no la Constitución. Porque como recuerda Aharon Barak en *The Judge in a Democracy*, esa valoración requiere siempre tomar en cuenta —entender— el sistema constitucional en su conjunto, con todos sus valores y principios. Sin esa perspectiva, los órganos constitucionales no significan nada y se podrá hacer de ellos lo que la mayoría parlamentaria de turno quiera.

Lamentablemente, cada vez son más los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que transmiten la sensación de que no se entiende —o no se quiere entender— el sistema constitucional. Y esto resulta especialmente grave, porque, como señalaba muy recientemente Segismundo Álvarez en *The Objective*, «de la confianza en este tribunal depende la del propio sistema democrático: si no es un guardián objetivo de la Constitución, es como si no existiera ese marco aceptado por todos» o, dicho de otra manera, es como si no tuviéramos Constitución.

