ESTUDIOS

LA INDEPENDENCIA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL A EXAMEN

PATRICIA RODRÍGUEZ-PATRÓN
ASUNCIÓN DE LA IGLESIA CHAMARRO
COORDINADORAS

PRÓLOGO DE MANUEL ARAGÓN REYES

MINISTERIO DE CIENCIA E INNOVACIÓN

ITCDDC La Importancia de la Independencia del Tribunal Constitucional para la Defensa de la Democracia Constitucional

UAM Universidad Autónoma de Madrid

Universidad de Navarra

INCLUYE LIBRO ELECTRÓNICO

ARANZADI

LA INDEPENDENCIA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL A EXAMEN

PATRICIA RODRÍGUEZ-PATRÓN
ASUNCIÓN DE LA IGLESIA CHAMARRO
Coordinadoras

LA INDEPENDENCIA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL A EXAMEN

M.ª ISABEL ÁLVAREZ VÉLEZ
FRANCESCO BIAGI
MATTEO COSULICH
LUIS E. DELGADO DEL RINCÓN
ASUNCIÓN DE LA IGLESIA CHAMARRO
MARÍA JOSÉ MAJANO CAÑO
FEDERICO DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN
CLAUDIO PANZERA
ALESSIO RAUTI
ÁNGEL RIVERO RODRÍGUEZ
MARIA GRAZIA RODOMONTE
PATRICIA RODRÍGUEZ-PATRÓN RODRÍGUEZ
CECILIA ROSADO VILLAVERDE
CARLOS SÁNCHEZ DE PAZOS PEIGNEUX
ANTONINO SPADARO
PAOLO ZICCHITTU

PRÓLOGO
MANUEL ARAGÓN REYES

MINISTERIO DE CIENCIA E INNOVACIÓN
AGENCIA ESTATAL DE INVESTIGACIÓN
ITCDDC
La Importancia de la Independencia del Tribunal Constitucional para la Defensa de la Democracia Constitucional
UAM Universidad Autónoma de Madrid
Universidad de Navarra
ARANZADI

© **Patricia Rodríguez-Patrón Rodríguez, Asunción de la Iglesia Chamarro (Coords.)**, 2025
© **ARANZADI LA LEY, S.A.U.**

ARANZADI LA LEY, S.A.U.
C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
www.aranzadilaley.es
Atención al cliente: https://areacliente.aranzadilaley.es/

Primera edición: 2025

Depósito Legal: M-9059-2025
ISBN versión electrónica: 978-84-1078-307-2
ISBN versión impresa con complemento electrónico: 978-84-1078-306-5

Diseño, Preimpresión e Impresión: ARANZADI LA LEY, S.A.U.
Printed in Spain

© **ARANZADI LA LEY, S.A.U.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, ARANZADI LA LEY, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, **www.cedro.org**) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

ARANZADI LA LEY no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, ARANZADI LA LEY se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

ARANZADI LA LEY queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

ARANZADI LA LEY se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **ARANZADI LA LEY, S.A.U.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Índice General

Página

NOTA INTRODUCTORIA. 19
PRÓLOGO 21

PARTE I
LA CENTRALIDAD DE UNA JUSTICIA CONSTITUCIONAL INDEPENDIENTE EN EL SISTEMA DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO 1

LA INDEPENDENCIA DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y LA DISPUTA SOBRE LA DEMOCRACIA
ÁNGEL RIVERO RODRÍGUEZ 35

1. Introducción 35
2. ¿Qué es la democracia? 38
3. La democracia de los antiguos y la democracia de los modernos. 41
4. El parlamentarismo y el origen de la democracia contemporánea 42
5. Las dos tradiciones de la democracia: la democracia constitucional y la democracia soberanista o plebiscitaria 43
6. La democracia soberanista y el socialismo: Rousseau y Marx 47
7. Las nuevas amenazas a las democracias liberales 50
8. Conclusiones: la independencia de los tribunales constitucionales como garantes de la institucionalidad democrática . 52

Página

CAPÍTULO 2

LOS LÍMITES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL: DEL «TRIÁNGULO DE LAS BERMUDAS» AL «CUADRILÁTERO CONSTITUCIONAL»
ANTONINO SPADARO 55

1. La «justicia constitucional» como pilar indispensable del Estado de Derecho contemporáneo 56

2. De la legitimación monista (*mera democracia*) a la legitimación pluralista del poder (*democracia constitucional*): el reconocimiento de la existencia de valores metademocráticos . 58

3. Necesidad lógica, junto a los órganos «políticos» de elaboración de políticas (*poderes*), de órganos «jurídico-constitucionales» de garantía (contrapoderes) 60

4. La función histórica (no perjudicial, sino razonablemente) *antimayoritaria* de los tribunales constitucionales 62

5. Del «triángulo de las Bermudas» al «cuadrilátero constitucional». Los 4 factores que afectan a los tribunales constitucionales: las cartas, las decisiones de los tribunales inter y supranacionales, la conciencia social, la opinión pública 63

6. ¿Evolución (o involución) de la *conciencia social*? La difícil función «equilibradora» de los tribunales constitucionales. El *solen* de los jueces constitucionales: no sólo «técnicos», sino «sabios» 68

PARTE II
ALGUNOS PROBLEMAS QUE AFECTAN A LA INDEPENDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO 3

INDEPENDENCIA, IMPARCIALIDAD Y NEUTRALIDAD DEL JUEZ CONSTITUCIONAL. UN ENSAYO DE CARACTERIZACIÓN
CECILIA ROSADO VILLAVERDE 73

1. Introducción 73

Página

2. El juez constitucional como garante del Estado constitucional 75

2.1. La independencia como factor externo de los jueces constitucionales 77

2.2. La imparcialidad y la neutralidad: factores internos del juez constitucional 80

3. La transparencia en el proceso de confirmación de la idoneidad del candidato a juez constitucional: una aproximación comparada 86

3.1. La participación de los tres poderes del Estado en la elección del juez constitucional 87

3.2. La exclusión del poder judicial en el proceso de comprobación de la idoneidad de los candidatos a juez constitucional 94

4. La recusación judicial como instrumento perturbador en la justicia constitucional 100

5. Epílogo 108

CAPÍTULO 4

SOBRE LA IDONEIDAD DE LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LOS MECANISMOS Y CRITERIOS DE VALORACIÓN

ASUNCIÓN DE LA IGLESIA CHAMARRO 111

1. Contexto: abuso del recurso a la última palabra y desprestigio del Tribunal Constitucional. La necesaria vuelta a las raíces 112

2. Patologías en el proceso de selección de los magistrados del Tribunal Constitucional 120

2.1. Proceso de designación: perversión y reformas de parte 120

2.2. Sobre el valor de las comparecencias parlamentarias como procedimientos de estimación de la idoneidad 125

2.2.1. Previsión de las comparecencias antes las Comisiones de Nombramientos 125

Página

2.2.2. Desarrollo de las comparecencias*: la idoneidad «pactada»*. Un trámite parlamentario devaluado por el sistema de «cuotas» 128

3. El Tribunal Constitucional validando a los sustitutos y el intento de controlar al ¿controlador? 129

4. Consideración final: sobre el concepto de idoneidad y su aplicación a los magistrados del Tribunal Constitucional. Una propuesta de máximos 132

4.1 Idoneidad reglada 133

4.2. Idoneidad adicional 135

4.3. Idoneidad colegiada o composicional 139

CAPÍTULO 5

LA IMPARCIALIDAD DE LOS MAGISTRADOS CONSTITUCIONALES: ALGUNAS NOTAS SOBRE LA ÚLTIMA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN

LUIS E. DELGADO DEL RINCÓN 141

1. Breves consideraciones sobre la doctrina del Tribunal Constitucional acerca de las causas de abstención y recusación de sus magistrados 142

1.1. La imparcialidad de los magistrados constitucionales 142

1.2. Algunos elementos que caracterizan la doctrina del Tribunal Constitucional sobre las causas de abstención y recusación de sus magistrados 145

2. Una controvertida inadmisión liminar de la recusación de magistrados constitucionales en un proceso de amparo por la causa del art. 219.10 LOPJ: el ATC 177/2022, de 19 de diciembre 153

2.1. La novedosa inadmisión liminar de la recusación por la falta de legitimación para recusar de los coadyuvantes de la parte demandada 154

Página

2.2. La inadmisión liminar de la recusación por la causa del art. 219.10 LOPJ al no tener los magistrados un interés directo o indirecto en el proceso 157

3. La inadmisión singular de la abstención de una magistrada constitucional mediante una interpretación muy estricta de la causa del art. 219.16 LOPJ: el ATC 28/2023, de 7 de febrero 161

3.1. Los argumentos de la decisión de la mayoría que justifican la inadmisión de la recusación 162

3.2. Los argumentos esgrimidos en los Votos particulares para justificar la admisión de la abstención 164

4. A modo de conclusión 169

CAPÍTULO 6

UNA PROPUESTA DE REFORMA PARA FORTALECER LA INDEPENDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL
MARÍA JOSÉ MAJANO CAÑO 171

1. El Tribunal Constitucional como clave de bóveda del sistema democrático 171

2. Las nuevas amenazas del sistema y la necesidad imperiosa de garantizar la neutralidad y objetividad del máximo intérprete de la Constitución 175

3. Los problemas generados en España por la deficiente regulación en la elección de los miembros del Tribunal Constitucional y las consecuencias para nuestro sistema 181

4. Insuficiencia de una reforma legal y necesidad de reforma del art. 159 CE 188

5. Justificación de la propuesta 191

6. Conclusiones 199

Página

PARTE III
PROCESO CONSTITUCIONAL E INDEPENDENCIA

CAPÍTULO 7

¿INDEPENDENCIA A TRAVÉS DEL PROCESO CONSTITUCIONAL?
CLAUDIO PANZERA 205

1. La independencia de los jueces constitucionales: variaciones semánticas sobre el tema 205
2. Sometimiento y autonomía respecto a las reglas procesales. . . 209
3. Deconstrucción del problema 210
3.1. ¿Proceso o procesos? 211
3.2. ¿Proceso o procedimiento? 212
3.3. ¿Autonomía o heteronomía? 216
4. Uso y abuso de los cánones procesales: *quis (et quomodo) iudicabit?* 217
5. Ejemplos traídos de la jurisprudencia constitucional 219
6. En conclusión 226

CAPÍTULO 8

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y SISTEMA INSTITUCIONAL EN ITALIA: ¿UNA CUESTIÓN (SOLO) JURISPRUDENCIAL?
PAOLO ZICCHITTU 229

1. Lo que está en juego 229
2. Las conclusiones de la Asamblea Constituyente 233
3. El carácter jurisdiccional del control de constitucionalidad . . 238
4. El principio de incidentalidad como «rasgo distintivo» del proceso constitucional 243
5. Las primeras variantes jurisprudenciales 248
6. La casuística más reciente 252

Página

6.1. La legislación electoral: relevancia y «zonas francas» del control de constitucionalidad 254
6.2. La ilegitimidad constitucional declarada pero no eliminada . . 257
6.3. Equilibrio presupuestario y efectos temporales de las sentencias que admiten la inconstitucionalidad 260
6.4. Las hipótesis de inconstitucionalidad diferida 263
6.5. La prisión permanente revisable 267
6.5.1. La inadmisibilidad «con término». 268
6.5.2. La «doble» prórroga 270
7. El valor ordinamental de las reglas procesales 272
8. Algunas observaciones finales 276

CAPÍTULO 9

VOTOS PARTICULARES E INDEPENDENCIA DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES: ¿QUÉ LECCIONES PUEDE APRENDER ITALIA DEL CASO ESPAÑOL?
FRANCESCO BIAGI 281

1. Introducción 281
2. Una forma embrionaria de disenso: cuando no coinciden el juez ponente y el juez redactor 284
3. ¿Cómo podría introducirse (posiblemente) el voto particular? 288
4. Pros y contras de la introducción del disenso: el peso del contexto 290
5. La «lección» española 295
6. Reflexiones finales 301

Página

PARTE IV
INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y LEGISLADOR

CAPÍTULO 10

LA (¿SOPORTABLE?) LEVEDAD DEL SER. DIÁLOGO CON EL LEGISLADOR Y «DEBILIDAD» EN EL JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD
ALESSIO RAUTI 307

1. De la crisis del parlamentarismo a las dificultades de legitimidad de los tribunales constitucionales: ida y vuelta 308

2. Constitucionalismo político: Waldron y la crítica «basada en los derechos» 313

3. Sigue: ***el cierre al control fuerte de constitucionalidad y el posible papel del control «débil»*** 317

4. El control débil de constitucionalidad: el sentido «original» de la categoría y las dudas sobre la coherencia interna del modelo 323

5. Ampliación semántica de la distinción entre fuerza y debilidad: el problema del cómo 331

6. La legitimidad de la Corte Constitucional italiana 334

7. La orden de remisión a una fecha fija (la llamada doble pronunciamiento). 340

8. A continuación: ***la intensidad de la advertencia y el margen de intervención del legislador tras la decisión estimatoria. Del «caso Cappato» a la sentencia n.º 135 de 2024*** 342

9. Conclusiones. Del control «débil» al doble pronunciamiento. Las condiciones para una levedad (soportable) 346

CAPÍTULO 11

INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DE LA CONSTITUCIÓN Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL
FEDERICO DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN 353

1. Introducción: la gran paradoja de la Constitución 353

Página

2. Las doctrinas de la *living constitution* y del *living tree*: origen y evolución 364

3. El derecho a la vida como texto constitucional abierto y vivo 381

4. La nueva e insólita *living constitution* patria: la evolución normativa como argumento 393

CAPÍTULO 12

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y ALGUNOS CASOS «POLÍTICAMENTE CONTROVERTIDOS» SOBRE CUESTIONES DE TÉCNICA LEGISLATIVA
M.ª ISABEL ÁLVAREZ VÉLEZ. 411

1. Ideas iniciales: el tribunal constitucional en la constitución de 1978 y su desarrollo legal 411

2. La importante labor del tribunal constitucional como órgano independiente del poder político 417

3. La doctrina del tribunal constitucional en relación a cuestiones de técnica normativa: sobre las «normas intrusas» 423

4. A modo de síntesis 429

CAPÍTULO 13

MADRID Y KARLSRUHE: DOS PRECEDENTES EN LA IMPOSICIÓN DE LÍMITES A LA SOBERANÍA «PROCEDIMENTAL» EX ANTE DEL PARLAMENTO MODERNO
CARLOS SÁNCHEZ DE PAZOS PEIGNEUX 435

1. La crisis del principio de soberanía parlamentaria. 436

2. Un último reducto de la soberanía parlamentaria en entredicho: la soberanía «procedimental» *ex ante* del Parlamento como manifestación específica de la autonomía parlamentaria. 438

3. Dos resoluciones con idéntico espíritu y un contexto radicalmente diferente: análisis comparativo del ATC 177/2022 y la Decisión de 5 de julio del TCFA. 443

3.1. Diferencias y coincidencias apreciables prima facie. 443

Página

3.2. Breve aproximación a las circunstancias fácticas relevantes de ambos supuestos 446

3.3. Examen de los pronunciamientos esenciales de ambas resoluciones respecto de la intervención cautelar de la jurisdicción constitucional en el procedimiento legislativo 450

4. Consideraciones finales. Un posible principio del fin de la soberanía procedimental «*ex ante*» del Parlamento moderno 460

CAPÍTULO 14

EL JUEZ CONSTITUCIONAL Y EL ESTATUTO DEL NACIDO EN EL EXTRANJERO POR GESTACIÓN SUBROGADA. REFLEXIONES A PARTIR DE UN RECORRIDO JURISPRUDENCIAL EMBLEMÁTICO

MARIA GRAZIA RODOMONTE 465

1. Prólogo. La Corte, los tribunales y el poder legislativo: entre el activismo de unos y la inercia de otros 466

2. Sentencia de la Corte Costituzionale n.º 272/2017, el TEDH y el interés superior del menor 468

3. Adopción en «casos especiales» y las características de eficacia, celeridad y plenitud del vínculo filial entre el adoptante y el adoptado: Decisión Nº 33 de 2021 473

4. Sentencia n.º 79 de 2022 y la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo sobre el estatuto del hijo nacido en el extranjero por gestación subrogada 477

5. La «intrincada trama» entre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la del Tribunal Constitucional y el Tribunal de Casación: el interés superior del menor entre los derechos del menor y la elusión de la prohibición de gestación subrogada 480

6. Observaciones conclusivas 482

Página

PARTE V
LA AUTONOMÍA DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES COMO GARANTÍA DE SU INDEPENDENCIA

CAPÍTULO 15

LA ORGANIZACIÓN DE LA CORTE COSTITUZIONALE COMO INSTRUMENTO PARA GARANTIZAR SU INDEPENDENCIA
MATTEO COSULICH 489

1. Premisa 489
2. Composición de la Corte Constitucional 493
2.1. La elección de los jueces constitucionales 493
2.2. Elección por las «supremas magistraturas ordinarias y administrativas» 495
2.3. La elección por el Parlamento 496
2.4. El nombramiento presidencial 502
3. Organización interna de la Corte Constitucional 502
3.1. La autonomía del órgano, en sus diversas formas 502
3.2. La Presidencia de la Corte Constitucional 505
3.3. El estatuto de los jueces constitucionales 506

CAPÍTULO 16

LA AUTONOMÍA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO GARANTÍA DE SU INDEPENDENCIA. ALGUNOS EJEMPLOS
PATRICIA RODRÍGUEZ-PATRÓN 511

1. Introducción 511
2. Algunos ejemplos del papel que puede cumplir la autonomía del TC para la garantía de su propia independencia. 512
2.1. Medidas en defensa de su propia posición institucional 513
2.2. Medidas de garantía del óptimo cumplimiento de su función. 516

Página

2.2.1. Ordenación del proceso y garantía de la homogeneidad de su doctrina 516

2.2.2. Trasparencia 523

3. Reflexiones finales 531

Nota Introductoria

El presente libro «La independencia de la Justicia Constitucional a examen» se ha gestado en el marco del proyecto de investigación «La importancia de la independencia del Tribunal constitucional para la Defensa de la Democracia Constitucional» (PID2022-14111NB-I00), correspondiente a la convocatoria de 2022, en el que participan profesores de varias universidades españolas, italianas y también de Latinoamérica (México, Chile y Perú) y del que son Investigadoras Principales las coordinadoras de este trabajo.

El proyecto parte de la crisis institucional intensa que atraviesa la justicia constitucional en España y también en otros países y cómo le afecta también la ola populista y la confusión presente entre lo jurisdiccional y lo político. La afirmación compartida en la doctrina de que un Tribunal Constitucional independiente es una garantía fundamental en una democracia constitucional resulta en la práctica alejada de la imagen del Tribunal Constitucional.

El libro recoge los trabajos de investigación elaborados por profesores italianos y españoles a partir de la discusión de diagnóstico de los problemas de la justicia constitucional abordados en el Congreso internacional celebrado en Madrid los días 21 y 22 de marzo de 2023 (Universidad de Navarra-ICADE, Universidad Pontifica Comillas).

Está estructurado en cinco partes. La primera destaca la centralidad de la justicia constitucional y su independencia en el sistema democrático constitucional, incluye los trabajos de Ángel Rivero Rodríguez y Antonino Spadaro, que coinciden, desde aproximaciones distintas, al afirmar con rotundidad que la justicia constitucional y su independencia son imprescindibles en una democracia constitucional. Los dos capítulos sitúan con finura el papel de la justicia constitucional y los riesgos a los que se enfrenta cuando se confunde el concepto de democracia con la voluntad de la mayoría sin límites o el no reconocimiento de valores indisponibles para el legislador. La segunda parte del libro está integrada por cuatro capítulos sobre independencia, imparcialidad y neutralidad del juez constitucional; ido-

neidad y mecanismos de selección, imparcialidad de los magistrados y, en particular los mecanismos de abstención y recusación; y, por último, una propuesta de reforma para fortalecer la independencia del Tribunal Constitucional español. Los firman, respectivamente Cecilia Rosado, Asunción de la Iglesia, Luis Delgado y María José Majano. La tercera parte del libro la integran los trabajos de tres profesores italianos (Claudio Panzera, Paolo Zicchittu y Francesco Biagi) que conectan el proceso —los distintos procesos constitucionales— con la independencia de la Corte Constitucional, así como la discusión en torno a los votos particulares, inexistentes en Italia, donde, a diferencia de España, la divergencia queda en el seno de la deliberación de la Corte. Entre nosotros, la experiencia del voto particular, permite exponer la discrepancia entre magistrados, pero no siempre resulta favorecedora de una imagen de un Tribunal Constitucional independiente. La parte cuarta es la más extensa y se centra en el nudo gordiano de la actividad del Tribunal Constitucional en relación con el legislador y hasta donde puede llegar en su función el primero. Reúne los trabajos de Alessio Rauti, Federico de Montalvo, María Isabel Álvarez Vélez, Carlos Sánchez de Pazos y María Grazia Rodomonte. Por último, la Parte V relativa a la autonomía de ellos tribunales constitucionales como garantía de la independencia es abordada por Matteo Cosulich, desde la perspectiva italiana y Patricia Rodríguez-Patrón, desde la española.

Las directoras consideramos que el libro se ajusta a lo anunciado en su título, abordando los principales problemas a los que se enfrenta la justicia constitucional y lo hace en perspectiva comparada y ello gracias al compromiso de los autores que han respetado las indicaciones y los tiempos.

El prólogo del profesor Manuel Aragón Reyes es un marco de reflexión que enriquece extraordinariamente el trabajo, al poner, como es habitual en él, su mirada aguda en los tribunales constitucionales y en el deber de estos de someterse a la Constitución para garantizarla y no para «recrearla».

Agradecemos a todos ellos, y muy singularmente al profesor Manuel Aragón sus contribuciones a esta obra.

Prólogo

Las profesoras Patricia Rodríguez-Patrón y Asunción de la Iglesia me han pedido que redacte el prólogo de este libro colectivo que ambas han dirigido sobre la independencia de los tribunales constitucionales. Les agradezco el encargo y lo asumo con gusto, tanto por la importancia incuestionable del asunto como por el excelente contenido de la obra, en la que diversos autores tratan, con solvencia, de los aspectos nucleares de aquella necesaria independencia.

Para comenzar este prólogo me parece conveniente aclarar que la justicia constitucional, en el modelo llamado europeo, no la ejercen sólo los tribunales constitucionales, sino además todos los tribunales ordinarios, en cuanto que ellos también han de aplicar la constitución. De manera que ya no existe el originario modelo kelseniano de dos jurisdicciones separadas, la ordinaria, que aplica la ley y controla los actos y reglamentos, y la constitucional, que aplica la constitución y controla al legislador. Ahora, la justicia constitucional, en Europa y otros países que han seguido el llamado modelo europeo, es una mezcla de organización difusa y concentrada en la que intervienen tanto la jurisdicción ordinaria como la jurisdicción constitucional, correspondiéndole a ésta, a los tribunales constitucionales, la exclusividad para entender de los procesos a ellos atribuidos, aunque desde el punto de vista material esa exclusividad se reduce al monopolio del control constitucional de las leyes y demás normas con fuerza de ley y al ejercicio vinculante de la suprema interpretación de la constitución y de la constitucionalidad de la ley. Este libro se refiere, más que a la justicia constitucional en su conjunto, al ámbito de esa justicia que ejercen los tribunales constitucionales. De ello me ocuparé en este prólogo.

Que los tribunales constitucionales han de ser independentes es tan obvio como que han de serlo todos los tribunales de justicia. Sin tal garantía no existe el Estado de Derecho. Cabe decir, incluso, que esa garantía ha de estar aún más reforzada en el caso de los tribunales constitucionales, ya que su cometido es asegurar, de manera objetiva, el sometimiento de todos los poderes públicos, incluido el más alto, el legislativo, a la suprema norma del ordenamiento, la constitución. Ese tribunal, que es la auténtica clave de

bóveda del sistema jurídico en cuanto que es el máximo guardián de la coherencia constitucional del ordenamiento, sólo puede cumplir esa función de manera legítima y efectiva si la realiza con absoluta independencia.

Las medidas que se adoptan para garantizar la independencia de los tribunales constitucionales son de diversa índole. Por un lado, las referidas a la designación de sus miembros, exigiéndose que participen en ella diversos poderes del Estado, en el caso de los parlamentos por mayorías cualificadas que obligan al consenso, así como que esa designación recaiga en juristas de reconocida competencia. Por otro lado, las referidas a la actuación del propio órgano en el ejercicio de sus funciones, que ha de estar basada en procedimientos objetivos y predeterminados, no sólo para evitar cualquier imagen de politización partidista, sino también para preservar la imparcialidad de sus miembros, a cuyo servicio está el sistema de recusaciones y abstenciones; no debe olvidarse que la imparcialidad, aunque distinguible de la independencia, la acompaña necesariamente. Por último, la referida a la legitimidad de sus resoluciones jurisdiccionales, que han de descansar en razones discursivamente contrastables, esto es, en una sólida fundamentación jurídica capaz de ser reconocida como tal por la comunidad de los estudiosos y profesionales del Derecho. En ese sentido, la posibilidad de que puedan emitirse votos particulares posee, a mi juicio, unas ventajas (propiciar el debate racional sobre la argumentación de las resoluciones) que superan sus inconvenientes (dar cuenta de divisiones internas en el propio órgano).

De todo ello, y de otros aspectos más relativos a la independencia, como, por ejemplo, la necesaria autonomía del órgano, o la duración de los mandatos de los jueces constitucionales o las fórmulas de renovación, se ocupan con solvencia y tino los diversos trabajos que en este libro se contienen, y que no están referidos sólo a España, sino también a algunos otros países con un modelo de tribunal constitucional próximo al nuestro.

En este prólogo lo que me interesa subrayar es el significado de la independencia de los tribunales constitucionales, que no es otro que su exclusiva y fiel sumisión a la propia constitución. También de ello tratan algunos de los trabajos de este libro, pero el asunto es tan importante que quiero extenderme sobre él, porque justamente en ello reside esa independencia, siendo las medidas que se adoptan para conseguirla sólo un medio para garantizarla. Si la independencia de cualquier tribunal tiene su más exacto sentido en que sólo está sometido a la ley y no a cualquier otro tipo de mandato, esto es, en que es libre porque sólo es esclavo de la ley, en el caso de los tribunales constitucionales esa independencia radica, en definitiva, en que es libre porque ha de ser también esclavo, esclavo únicamente de la cons-

titución. Siervo de la constitución, pero no señor de ella. Esa es la cuestión. La gran cuestión de siempre, pero muy viva en nuestro tiempo, acerca de los tribunales constitucionales.

La tensión entre los tribunales constitucionales y la democracia, que es un problema que se ha planteado muchas veces con escasa reflexión, no puede ser abordada con rigor bajo la premisa del carácter «contramayoritario» de aquéllos, sencillamente porque lo propio de los tribunales constitucionales es asegurar la limitación del poder de los demás órganos del Estado y, por ello, el de las mayorías parlamentarias producto de las elecciones populares a fin de evitar que la democracia sea sustituida por el despotismo, que no dejaría de serlo porque fuera el despotismo de la mayoría. Así lo exige el concepto de constitución, del que se desprende, con toda claridad, que los tribunales constitucionales no están desvinculados de la democracia, sino sometidos a la dimensión suprema de la misma: la democracia que crea define y sostiene a la constitución. De ahí que su función sea la de controlar que la democracia de mayoría (la democracia «en» la Constitución) esté subordinada a la democracia de consenso (la democracia «de» la Constitución).

El auténtico problema de la tensión entre tribunales constitucionales y democracia no consiste, pues, en el carácter necesariamente contramayoritario de éstos. Dónde radica, exactamente, es en el entendimiento correcto por aquéllos del texto constitucional, para evitar que de guardianes de la constitución pasen a ser sus dueños. Esto es, para que sirvan fielmente a la democracia de consenso que sostiene a la propia constitución y a sus reformas.

De ahí que esa importante cuestión acerca de la relación entre la democracia y los tribunales constitucionales donde debe situarse, correctamente, es en campo de la interpretación constitucional, en su significado y límites, partiendo de una premisa: que la interpretación de la constitución se distingue de la interpretación de la ley debido a que una y otra son normas también distintas. No sólo por razón de jerarquía (supremacía de la constitución sobre la ley) o de grado de abstracción o indeterminación (mayor en los textos constitucionales que en los legales debido a que la constitución de nuestro tiempo, en su pretensión de regular, además del Estado, las bases de la ordenación de la propia sociedad, alberga un buen número de principios y valores, ya que, por ella, como se ha dicho, «pasan todos los hilos del Derecho»).

Tales distinciones son, sin duda, importantes, pero meramente de grado o cuantitativas, incapaces de fundamentar una distinción cualitativa: la

jerarquía, por sí sola, no tendría por qué afectar, necesariamente, a la textura normativa; las leyes también contienen enunciados generales y abstractos, así como principios y valores o conceptos jurídicos indeterminados, y el hecho de que ello sea más frecuente en la constitución que en las leyes es sólo una cuestión de cantidad, y no de cualidad, como ya he dicho.

Si la diferencia quedase ahí, la interpretación de la constitución no supondría una operación hermenéutica distinta de la interpretación de la ley. La interpretación de ambos tipos de normas, que no es una operación mecánica sino «recreadora», podría realizarse a través de los criterios clásicos usuales y bien conocidos (en España, los previstos en el art. 3.1 del Código civil), que, a su vez, sirven de límite, de sujeción, a la labor del intérprete. Es cierto que en la interpretación de las normas jurídicas no existe, por lo general, una única interpretación posible, aunque sí haya, necesariamente, interpretaciones inaceptables basadas en la arbitrariedad, esto es, desnudas de una fundamentación jurídica razonable, fruto, pues, de la voluntad y no de la razón (de las razones del Derecho), en cuyo caso el intérprete no estaría realizando una operación jurídica, objetiva, sino política o subjetiva.

Dicho ello, y si partiéramos de la hipótesis anterior (la no distinción cualitativa entre constitución y ley), la interpretación legal no se diferenciaría, en cuanto a su capacidad «recreadora» y sus límites, de la interpretación constitucional. Pero una conclusión así habría que desecharla, pues la diferencia fundamental, cualitativa, entre constitución y ley y, por ello, entre la interpretación constitucional y la interpretación legal, radica en otras razones distintas de la jerarquía y del grado de abstracción o indeterminación. Tales razones, que prestan a la constitución una especial singularidad se basan, de un lado, en que las imprecisiones de la ley, cuando no basten los criterios usuales de interpretación para resolverlas, pueden ser remediadas a la luz de la propia constitución (la interpretación constitucional de la ley como último recurso), y en cambio, las imprecisiones de la constitución, cuando no basten los criterios usuales de interpretación, no pueden ser remediadas a la luz de una norma superior a ella, que no la hay (con la salvedad, limitada, en materia de derechos, si la constitución ha dispuesto la remisión interpretativa a tratados internacionales sobre derechos humanos, como sucede en el art. 10.2 CE). Lo que obliga, en esos casos difíciles, a acudir a la teoría general de la constitución para resolver ese problema, de manera que la teoría, en tales casos, se integra necesariamente en la dogmática. Ello supone introducir en la interpretación de la constitución un elemento «extra-normativo», o si se quiere, «extra-textual», que no existe en la interpretación de la ley.

De otro lado, esas razones que distinguen cualitativamente a la constitución de la ley también se basan en que la democracia constitucional es inseparable del pluralismo político, de manera que la constitución, además de contener normas cerradas, ha de tener también normas con un grado suficiente de apertura para que sean posibles políticas legislativas distintas en función de la mayoría electoral de cada momento. A diferencia de los reglamentos, que son ejecución de la ley, las leyes no son exactamente ejecución de la constitución.

Eso no significa que las leyes estén vinculadas sólo de manera negativa a las normas constitucionales, puesto que lo están también positivamente, en la medida en que el legislador únicamente puede hacer aquello que la constitución le permite, de manera que no todos los silencios constitucionales sobre materias concretas suponen la absoluta libertad del legislador para establecerlas o regularlas. La constitución no sólo establece prohibiciones expresas al legislador, sino también implícitas, derivadas del reconocimiento en el texto constitucional de conceptos, reglas, principios y valores, de los que se deduce la prohibición de vulnerarlos.

No obstante, dicho lo anterior, es cierto, como antes se apuntó, que, respetando las prescripciones constitucionales inequívocas (que, obviamente, son un límite a la libertad del legislador), caben distintos desarrollos legales de la constitución según las mayorías parlamentarias que, en cada momento, hayan producido los resultados electorales. Y ello supone, como ya he dicho, otra diferencia cualitativa entre constitución y ley, aparte de la más atrás aludida derivada de la integración de la teoría en la dogmática para la resolución de los casos difíciles. Esta otra diferencia impone que el intérprete constitucional deba realizar su labor respetando el pluralismo político que tiene la obligación de garantizar. Lo que resulta, sin duda, una operación compleja y delicada. Compleja porque ha de desentrañar el ámbito de pluralismo o apertura que subyace en los diversos preceptos constitucionales, dado que, incluso en los declarativos de derechos fundamentales, junto a un ámbito cerrado, indisponible (contenido esencial), existe una zona abierta al pluralismo. Delicada porque el intérprete constitucional no puede ser agente del pluralismo tomando partido por una opción ideológica, que ello corresponde al legislador y no a él.

Son, pues, estas dos diferencias cualitativas entre constitución y ley las que hacen de la interpretación constitucional una tarea de distinta, y no sólo mayor, intensidad «recreadora» que la de la interpretación legal, y que, por ello, necesita de intérpretes especialmente cualificados, más aún cuando esa interpretación es la suprema y vinculante. De ahí la necesidad de que los miembros de los tribunales constitucionales sean juristas suficientemente

versados en la teoría y en la práctica del Derecho, especialmente, aunque no sólo, del Derecho Constitucional. Lo que conduciría a meditar sobre la conveniencia de que los tribunales constitucionales tengan una composición especialmente equilibrada entre miembros procedentes de las altas magistraturas judiciales, destacados profesionales en el ejercicio de la abogacía y profesores universitarios de Derecho de la máxima cualificación profesional. No voy a extenderme sobre ello, sólo lo dejo apuntado.

Una vez constatada la peculiaridad de la interpretación constitucional resulta necesario afirmar que esa interpretación tiene unos límites que no se pueden traspasar, pues si se hiciera, el tribunal constitucional dejaría de estar sometido a la constitución, y de «recreador» de ésta se convertiría en su «creador», esto es, en su dueño, suplantando al poder constituyente y, por supuesto, al poder de reforma. De la misma manera que la constitución no puede ser una página en blanco en la que el legislador escriba a su capricho, tampoco puede ser una página en blanco en la que el tribunal constitucional escriba a su capricho. Si esto fuera así no sólo sufriría el principio de seguridad jurídica, sino, que, en realidad, la propia constitución desaparecería como norma jurídica de obligatoria observancia.

Por ello, los tribunales constitucionales no son libres a la hora de interpretar el texto de la constitución, ya que están vinculados por sus prescripciones literales inequívocas, por los conceptos jurídicos que en el texto se contienen y que poseen un significado generalmente admitido en el mundo del Derecho, y, en fin, por el espíritu, y no sólo la letra, que da el ser a las disposiciones que la constitución contiene. Bajo al nombre de «interpretación evolutiva» no puede esconderse una tarea que desconozca tales límites. Es cierto que toda interpretación jurídica es «evolutiva», en el sentido de que ha de adaptar la norma a nuevas circunstancias, de «vivificarla» y objetivarla, de hacer realidad la máxima de que «la ley es más inteligente que el legislador», en este caso, que la constitución es más inteligente que el constituyente. Lo que no puede la interpretación constitucional es «crear» lo que en la constitución no existe, pues eso no es interpretar, sino «hacer» constitución, «crear» y no «recrear». La labor del intérprete es «descubrir» sentidos que en la norma están, y que pueden derivarse de ella porque, *in nuce*, la norma los alberga, pero nunca «inventar» sentidos que, de ninguna manera, la norma propicia. Por ello, la llamada interpretación constitucional «evolutiva creativa» no pueda tenerse por interpretación, sino por mera y reprochable suplantación del texto constitucional.

De ahí la severa crítica que ha de hacerse a «constructivismos» jurídicos que supongan un activismo jurisdiccional «creativo» y, muy en especial, que conduzcan a la creación por la jurisprudencia constitucional de nuevos

derechos fundamentales. Si el descubrimiento de nuevas facetas, o nuevas titularidades, de un derecho fundamental (un buen ejemplo es la jurisprudencia constitucional española acerca del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE) es una operación legítima y necesaria para dotar de plena efectividad al derecho, la creación de nuevos derechos, conectados únicamente a principios o engarzados a derechos que, conceptualmente, no pueden albergar en su seno derechos «distintos» a ellos, es una operación por completo reprochable, porque significaría introducir modificaciones en la constitución sin seguir su procedimiento de reforma. Nunca conviene olvidar que, eso, para Kelsen, no es otra cosa que un golpe de Estado en sentido jurídico.

Los tribunales constitucionales, en definitiva, no pueden crear nuevos derechos fundamentales, ya que eso compete al poder de reforma constitucional, ámbito reservado a la democracia de consenso que debe ser guardada por el tribunal constitucional, y no sustituida por él. No por obvio debe silenciarse: el tribunal constitucional no es poder constituyente, sino constituido. Un poder constituido esencial para garantizar la vigencia de la constitución y recrear su sentido, no para «crear» normas constitucionales. Además, la creación de derechos fundamentales por los tribunales constitucionales priva a esos derechos de su necesaria estabilidad, con quebranto de la seguridad jurídica, ya que nada impide a un tribunal constitucional futuro modificar la doctrina de un tribunal anterior (lo que a veces se produce, incluso en materia de derechos fundamentales, valga como ejemplo el cambio de doctrina del Tribunal Supremo norteamericano en relación con el aborto).

Lo dicho para los derechos fundamentales es extensivo a cualesquiera otras prescripciones constitucionales, cuyo cumplimiento fiel debe impedir a los tribunales constitucionales actuar «creativamente» al margen de ellas. Como antes dije, respetar los límites que la interpretación constitucional tiene es, en definitiva, el presupuesto de la legitimidad de los tribunales constitucionales, en cuanto que refutaría el argumento acerca de la contradicción entre tribunales constitucionales y democracia y en cuanto que reflejaría su auténtica independencia eliminando (o dejando sin razones), respecto de ellos, la temible tacha de su politización.

Las consideraciones generales que anteceden, aplicables, pues, a todos los tribunales constitucionales, lo son, por ello, al Tribunal Constitucional español, con mayor motivo dado que en su última jurisprudencia ha habido algunas muestras de activismo interpretativo reprochable, y no sólo en materia de creación de nuevos derechos fundamentales, aunque ello sea lo más grave. Una cosa es estimar que la creación de nuevos derechos por la

ley (como opción amparada en el pluralismo político) no vulnera la Constitución, operación plausible, y otra bien distinta atribuir a esos nuevos derechos legales la condición de fundamentales, operación sin duda criticable (porque los blinda frente al pluralismo que el Tribunal debe respetar).

De ahí que, además de aconsejar que el reciente activismo del Tribunal no se repita, no estaría de más proponer algunas medidas concretas para reforzar su independencia e imparcialidad. Así, además de extremarse el rigor en la verificación de la indiscutible solvencia jurídica de los magistrados que deban designarse, debiera establecerse en la Ley Orgánica del Tribunal un sistema de inelegibilidades o prohibiciones que impidiesen el acceso a la jurisdicción constitucional de personas que en el inmediato pasado hubieran desempeñado puestos políticos del máximo relieve. También precisar en esa Ley Orgánica que el voto de calidad del presidente sólo pudiera usarse en las sesiones del pleno, nunca de las salas, ya que cualquier decisión de éstas puede ser avocada al conocimiento de aquél, máxime cuando en las salas se diera un empate, en cuyo caso la avocación debería ser obligatoria.

Sobre todo, y principalmente, resulta necesaria la desaparición del nefasto sistema de reparto de magistrados por cuotas de partido, que es una fórmula que ya fue en su día criticada por el propio Tribunal en su jurisprudencia, en cuanto que traslada, indebidamente, reglas de reparto que, siendo legítimas para las instituciones políticas, no pueden aceptarse para las instituciones jurisdiccionales. Y en cuanto que desvirtúa el consenso requerido por la Constitución para la designación de magistrados de propuesta parlamentaria, ya que la exigencia de una mayoría cualificada de tres quintos, en lugar de significar, como debiera ser, un acuerdo «de todos» sobre «cada uno» de los magistrados a designar, lo único que supone en esos casos de reparto por cuotas es una mera vestidura formal de decisiones unilaterales (sin vetos mutuos) de cada uno de los partidos que concurren en esa mayoría, con la consecuencia de que cada uno de los magistrados de propuesta parlamentaria son en realidad libremente elegidos por cada una de las correspondientes fuerzas políticas. De ahí que se haya podido decir, como si fuera algo normal, que los magistrados «son» de uno u otro partido, al que le deben su designación. Ni que decir tiene que ello afecta seriamente a la imagen pública del Tribunal Constitucional.

Ese reparto por cuotas no ha determinado, sin embargo, una real falta de independencia de los magistrados en todos los casos, pero sí que ha extendido una «apariencia» de dependencia inevitable que se cierne, al menos, en los de propuesta parlamentaria. E incluso en los de propuesta por el Consejo General del Poder Judicial. Por otro lado, respecto de los

magistrados propuestos por el Gobierno, la práctica de designar a juristas independientes, que ha sido la regla generalmente seguida (con pocas excepciones) durante mucho tiempo, ha decaído en los últimos, y ello, sin duda, refuerza la «apariencia» de dependencia o de politización.

También ha afectado negativamente a la independencia del Tribunal el retraso (a veces desmedido) en las renovaciones de magistrados, algo que debiera eliminarse puesto que hay fórmulas (no sólo la alemana) que podrían impedirlo. Aunque entre ellas no está la, a mi juicio, inconstitucional reforma realizada acortando el mandato de los nuevos magistrados por el tiempo transcurrido en el retraso. Aparte de que con ello se vulnera frontalmente el mandato de nueve años previsto en la Constitución, resulta inaceptable que se haga pagar al Tribunal y a los nuevos magistrados por un retraso del que sólo son responsables los órganos constitucionales incumplidores. La renovación por tercios (por bloques de cuatro magistrados) es una medida que no puede sobreponerse a la duración constitucional del mandato.

Algunas consideraciones más me quedan por hacer en relación con la independencia del Tribunal Constitucional español, referidas a las relaciones entre la jurisdicción constitucional, el legislador y la jurisdicción ordinaria. Ya dije, desde el principio, que la independencia no significa sólo libertad frente al poder político, sino también sumisión únicamente a la Constitución. Y por ello, respeto al ámbito funcional que la Constitución atribuye, tanto al legislador como a la jurisdicción ordinaria.

De donde se deriva que, teniendo el Tribunal la potestad de anular las leyes inconstitucionales, no deba tenerla, en cambio, para hacer de legislador positivo, suplantando la potestad legislativa de las Cámaras haciéndole decir a las leyes lo que éstas de ninguna manera dicen. También supone que, en la interpretación constitucional de las leyes, el Tribunal sólo invalide aquellas interpretaciones de la ley por la jurisdicción ordinaria que, de manera inequívoca, vulneren la Constitución, de forma que, en caso de duda, el Tribunal debiera respetar la interpretación de la ley establecida por el Tribunal Supremo. El Tribunal Constitucional, en el ejercicio de esa tarea, no debe imponer al Tribunal Supremo una «mejor» interpretación constitucional de la ley, sino sólo invalidar aquella interpretación del Tribunal Supremo que, de manera indudable, estimara inconstitucional. Con el objetivo de conservar la ley no puede el Tribunal Constitucional manipularla hasta el punto de desfigurarla. En tales casos, en lugar de conservar la ley, lo que entonces debe hacer es anularla.

Y lo mismo sucede con la anulación de sentencias judiciales en los recursos de amparo. Sólo cuando los tribunales ordinarios hayan transgredido,

o no hayan protegido, de manera inequívoca, un derecho fundamental amparable, debiera caber la anulación de sus sentencias, máxime, además, cuando se trate de sentencias penales dado el rigor de la reserva judicial en esa materia. Si ese límite no se guarda, podría decirse, con suficientes motivos, que el Tribunal Constitucional ha incurrido en un exceso de jurisdicción.

Termino con unas reflexiones generales, atinentes, de nuevo, a todos los tribunales constitucionales. En unos tiempos, como los del presente, en que la democracia constitucional se encuentra erosionada en el plano político, se hace más necesario que nunca fortalecer el Estado de Derecho como último reducto para evitar la crisis del sistema. Es cierto que el Derecho no lo puede todo, aunque sin él no pueda conseguirse nada justo y duradero. Revitalizar la democracia constitucional requiere, indudablemente, de cambios en la práctica política que preserven el decoro de las instituciones, las doten de ejemplaridad y fomenten la concordia política y ciudadana sin la cual la democracia constitucional no puede subsistir. Pero pertenece al ámbito del Derecho y no sólo al de la política robustecer los instrumentos de control jurisdiccional.

A la cabeza de esos instrumentos están los tribunales constitucionales. Contar con las medidas adecuadas que preserven su independencia e imparcialidad para que puedan ejercer correctamente su función de garantes de la constitución y, por ello, de la coherencia constitucional del ordenamiento jurídico, es una tarea urgente y necesaria. No porque ahora se carezca de ellas, sino porque las medidas que existen hay que reforzarlas para evitar algunas tendencias actuales de politización de estos tribunales. En tal sentido, acrecentar su legitimidad, de origen, y su legitimación, de ejercicio, es crucial, en el presente, para el mantenimiento de la democracia constitucional. Una legitimidad y una legitimación que ha de sustentarse en el entendimiento de que esos tribunales están previstos, y no me importa repetirlo, para ser los servidores de la Constitución y no sus dueños, y que en esa servidumbre radica su auténtica independencia. A tal finalidad han de estar dirigidas todas las previsiones que se adopten sobre la composición, organización y funcionamiento de los tribunales constitucionales.

El auge de los populismos, la excesiva polarización política, el mal funcionamiento de los partidos, el desprecio al consenso, la erosión del poder legislativo, los excesos del poder ejecutivo, que hoy aquejan a una buena parte de los sistemas políticos democráticos, van unidos a la pérdida de valor de las constituciones, que con frecuencia son inaplicadas o falseadas. Cuando esto último sucede, sólo pueden actuar para corregir esa situación los tribunales constitucionales. De ahí que la colonización política de esos

tribunales sea el mayor obstáculo para que realicen esa necesaria corrección. Más aún, si tal colonización se diera, podríamos asistir al hecho, lamentable, de que no sean sólo los poderes políticos, sino incluso los tribunales constitucionales (politizados) los artífices de la desnaturalización de la democracia constitucional.

Para que ese panorama sombrío no se haga realidad hay que insistir, una y otra vez, en la necesidad de que los tribunales constitucionales sean realmente independientes, legitimados por su solvencia y objetividad, dispuestos a tomarse la constitución en serio alejándose de cualquier tentación de sustituirla o tergiversarla. Porque eso, como ya he dicho, significa ser independientes, esto es, ser esclavos únicamente de la constitución. Ojalá que ese mandato de sujeción incondicionada a la constitución no deje nunca de cumplirse por todos los tribunales constitucionales y, por supuesto, por el Tribunal Constitucional español (como le recuerda el art. 1.1 de su Ley Orgánica).

Termino ya. Este libro que prologo es una excelente muestra de lo que significa la independencia de los tribunales constitucionales, de la constante necesidad de reforzarla, de los logros conseguidos para garantizarla, pero también de los problemas que deben resolverse para evitar su degradación. Felicito a las dos directoras y a los dieciséis autores (españoles e italianos) por el esfuerzo que han puesto en todo ello. Sólo me queda recomendar su lectura, tan necesaria siempre, pero más aún en el presente, dados los intentos que corren de devaluar el mejor instrumento, la constitución normativa y democrática, que la civilización ha creado para ordenar la convivencia ciudadana en paz, libertad e igualdad. Ante esa ingrata situación, que afecta hoy a otros países democráticos y no sólo a España, aunque aquí con especial intensidad, la labor de los tribunales constitucionales adquiere una relevancia excepcional, a condición, claro está, de que la ejerzan con vigor, solvencia e independencia. Su compromiso de garantizar de manera fiel la vigencia efectiva de la constitución es una responsabilidad de la que nunca, y menos ahora, pueden dimitir.

Manuel Aragón Reyes

Catedrático emérito de Derecho Constitucional

Magistrado emérito del Tribunal Constitucional

Académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

Parte I

La centralidad de una justicia constitucional independiente en el sistema democrático constitucional

Capítulo 1

La independencia de los tribunales constitucionales y la disputa sobre la democracia[1]

Ángel Rivero Rodríguez
Profesor Titular de Ciencia Política y de la Administración
Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ¿QUÉ ES LA DEMOCRACIA? 3. LA DEMOCRACIA DE LOS ANTIGUOS Y LA DEMOCRACIA DE LOS MODERNOS.. 4. EL PARLAMENTARISMO Y EL ORIGEN DE LA DEMOCRACIA CONTEMPORÁNEA. 5. LAS DOS TRADICIONES DE LA DEMOCRACIA: LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL Y LA DEMOCRACIA SOBERANISTA O PLEBISCITARIA. 6. LA DEMOCRACIA SOBERANISTA Y EL SOCIALISMO: ROUSSEAU Y MARX. 7. LAS NUEVAS AMENAZAS A LAS DEMOCRACIAS LIBERALES. 8. CONCLUSIONES: LA INDEPENDENCIA DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES COMO GARANTES DE LA INSTITUCIONALIDAD DEMOCRÁTICA.

1. INTRODUCCIÓN

La cuestión de la independencia de los tribunales constitucionales está ligada directamente a la definición misma de la democracia. Esta independencia es esencial en su forma constitucional y sus pilares son: la soberanía popular; el Estado de derecho y la separación de poderes. Sobre estos fun-

1. PID 2022-141112NB-100 «La importancia de la independencia del Tribunal Constitucional para la defensa de la Democracia Constitucional» ITCDDC, Convocatoria 2022 Ministerio de Innovación y Ciencia.

damentos se elige un gobierno de la mayoría que protege a las minorías, esto es, en un gobierno limitado o moderado.

Estos pilares actúan como frenos frente a la arbitrariedad y permiten decisiones políticas legítimas y al tiempo respetuosas con los derechos de los individuos. Sin embargo, esta concepción de la democracia constitucional se ha visto cuestionada de forma creciente por una concepción alternativa de la democracia en la que ésta se entiende como gobierno en nombre de la voluntad del pueblo y bajo la cual las decisiones «mayoritarias» no pueden estar sujetas a limitaciones puesto que, se nos dice, la democracia quedaría comprometida[2].

Desde este punto de vista, la independencia de los tribunales constitucionales se contempla no como un instrumento que limita la arbitrariedad, protegiendo los derechos fundamentales, sino como una institución «contramayoritaria», es decir, como una institución que limita la democracia misma y hasta la subvierte. Esta concepción, que podría calificarse de plebiscitaria o populista de la democracia, ha adquirido una audiencia creciente y sus postulados se han generalizado en la discusión pública. Es más, ha animado procesos autodenominados de «democratización» en países de la Unión Europea, como Polonia y Hungría, y también en muchas repúblicas americanas. Procesos que se han visto coronados, con frecuencia, por la instauración de regímenes autoritarios[3].

En España, esta defensa de una democracia como expresión de una voluntad colectiva única también ha tenido un crecimiento notable en la discusión pública y en la acción política; y se ha utilizado para desacreditar

2. En este sentido se puede hablar de «mayoritarismo», esto es, de la idea de que las decisiones colectivas son correctas en su adopción cuando reflejan el punto de vista de la mayoría. Aunque hoy parece, en el debate público, que esta posición no es problemática —John Locke en su *Segundo tratado sobre el gobierno civil* así parecía mantenerlo en el siglo XVII— en la práctica, cuando hay más de dos opciones, se producen las paradojas cíclicas señaladas por Condorcet. Por ejemplo, en un sistema parlamentario de multipartidismo polarizado puede suceder que un partido que no gane las elecciones encuentre cómo alcanzar el gobierno en alianza parlamentaria con otros partidos a los que ha de pagar el precio de realizar un programa de gobierno antagónico al que propuso para ser elegido, e incluso tomar decisiones ilegales con ignorancia de la Constitución. Dicho partido puede apelar a una mayoría —el pueblo de la investidura— o a la soberanía del parlamento, pero claramente, al alejar sus decisiones de la opinión mayoritaria, puede ser calificado de «contramayoritario». Sobre las dificultades del mayoritarismo con relación a la democracia *vid.* Tideman, N., «Majoritarianism» en Chatterjee, D. K. ed. *Encyclopedia of Global Justice*, Dordrech, Springer, 2011.
3. Sadurski, W., *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford, Oxford University Press, 2019.

la Transición y la Constitución de 1978. De hecho, una de las características de los partidos de la llamada «nueva política», surgidos al calor de las consecuencias de la crisis económica de 2008 ha sido, precisamente, la defensa de esta democracia, calificada de «verdadera», frente a la «falsa» democracia, esto es, frente a la democracia constitucional existente.

Por todo ello, creo que tiene sentido atender a la concepción de la democracia y a los argumentos en contra de la independencia de estos tribunales esbozados y desarrollados por distintas experiencias populistas contemporáneas. Pero también, lo que no es menos interesante y novedoso, presentar los argumentos que se han dado a favor de una democracia en la que la separación de poderes y la independencia judicial se hacen elementos indispensables. Sobre esto último, resulta sumamente curioso que si uno busca en la teoría política los fundamentos de la democracia constitucional lo que encuentra es un mosaico de reflexiones muchas veces contradictorias, construidas sobre una experiencia política que ha ido integrando el conflicto mediante el desarrollo institucional pero que, a la postre, no ha sido capaz de desarrollar una doctrina consistente.

En este sentido es ejemplar la obra de Maurice John Crawley Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers,* donde se hace una larga reconstrucción histórica de la doctrina de la separación de poderes mediante una suerte de inducción en los textos clásicos. La razón de operar de esta manera nos dice el politólogo británico, es que permite formular lo que denomina una teoría *pura* de la separación de poderes que de otra manera no aparece en ningún sitio. Dicha teoría toma como presupuesto la constatación de que la *teoría constitucional* entiende que «no todos los Estados son *regímenes constitucionales*, porque en un Estado constitucional tiene que haber un conjunto de normas que restrinjan *efectivamente* el ejercicio del poder por el gobierno» [4]. En este sentido sostiene que el «constitucionalismo» consiste en la defensa de una determinada organización institucional que favorece esta limitación de la acción del gobierno. De este modo, la teoría constitucional sostiene que se pueden distinguir las estructuras institucionales de las sociedades libres de aquellas que no lo son, y que el criterio que opera en esta distinción tiene esencialmente un fundamento de carácter empírico. Es aquí donde arranca su formulación de la doctrina *pura* de la separación de poderes:

«Resulta esencial para el establecimiento y el mantenimiento de la libertad política que el gobierno esté divido en tres ramas o departamentos, el legislativo, el ejecutivo y el judicial. Para cada una de estas ramas hay una

4. Vile, M. J. C., *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Indiana, Liberty Fund, 2nd ed. 1998, p. 8.

función correspondiente de gobierno identificable, legislativa, ejecutiva y judicial. Cada rama de gobierno ha de confinarse en su propia función y no se la ha de permitir que invada las funciones de las otras ramas. Es más, las personas que componen estas tres agencias de gobierno han de mantenerse separadas y distintas; y a ningún individuo se le ha de permitir ser miembro al mismo tiempo de más de una rama. De esta manera cada rama será un control de las otras y ningún grupo particular de personas será capaz de controlar la maquinaria del Estado»[5].

En su obra Vile reconstruye tres siglos en los que esta teoría se ha ido formando de forma implícita, en la interacción entre la acción política dirigida a limitar la soberanía absoluta y la reflexión sobre la política como actividad. Sin embargo, el resultado de su esfuerzo tiene algo de melancólico por lo aporético, pues apunta que su viaje culmina con la impresión de que hoy día vivimos en un tiempo que ha heredado tradiciones distintas sin que hayamos sido capaces de tejerlas en una única pieza capaz de proporcionar una teoría unificada del gobierno constitucional[6].

En el espíritu de Vile, me gustaría ofrecer, mediante la genealogía, una justificación de la separación de poderes y de la independencia judicial para que podamos hablar verdaderamente de democracia. Para ello, sin ser exhaustivo, rastrearé el significado de la democracia desde la antigüedad clásica hasta el presente; compararé la concepción antigua de democracia con el gobierno representativo; explicaré cómo las democracias contemporáneas son resultado de la democratización de los parlamentos que dan lugar a la democracia constitucional; abordaré también cómo, frente a esta democracia constitucional, nació también en la edad moderna una concepción rival que puede calificarse como democracia soberanista o plebiscitaria. Después, atenderé a los desafíos contemporáneos a la democracia, en particular, al creciente poder de las autocracias y, sobre todo, de los populismos que, en el nombre del pueblo, quieren destruirla. Por último, atenderé a la cuestión fundamental de la independencia de los tribunales constitucionales para garantizar el gobierno moderado sujeto al imperio de la ley.

2. ¿QUÉ ES LA DEMOCRACIA?

La definición de lo que sea democracia no tiene hoy día una respuesta unánime. En su origen, en el siglo -V, la democracia era vista como una forma de gobierno multitudinaria en la que los pobres, la mayoría, gober-

5. *Ibid.* p. 14.
6. *Ibid.* p. 346.

naban en su propio provecho, esto es, de forma injusta y corrupta. Sin embargo, este significado negativo del término, que ha tenido una larga historia, empezó a cambiar en la edad moderna hasta alcanzar el significado positivo que tiene en el presente. Hoy en día, cuando de nuevo se defiende que la democracia puede entenderse de formas diversas hay, al menos, dos significados fundamentales de esta forma de gobierno: la liberal, constitucional o representativa; y la colectivista, totalitaria o plebiscitaria.

La primera sostiene que la única democracia que realmente ha existido es la democracia liberal y que las otras concepciones o son meramente abstractas o en su realización han dado lugar a sistemas autoritarios o totalitarios. Esta sería la posición de Giovanni Sartori, que sostendría una definición unitarista de democracia y que incluso sostendría que debiera llamarse «liberal democracia» porque el núcleo de esta forma de **gobierno** es la protección de los derechos individuales que se realiza mediante la participación política. Esto es, la democratización del Estado constitucional es un desarrollo de su sistema de protección de derechos y no un fin en sí mismo o el fin último de este sistema político[7].

La otra concepción, la colectivista, totalitaria o plebiscitaria sostiene que la democracia es, o ha de ser, literalmente el gobierno del pueblo, un sujeto colectivo al que se presupone una voluntad general. Si esta voluntad del pueblo no informa la acción política o encuentra trabas al ejercicio ilimitado de la soberanía, esta teoría proclama enfáticamente que la democracia existente es una «falsa democracia» y que, por tanto, hay que «democratizarla» en el sentido de ampliar la participación de los ciudadanos de forma que esa soberanía colectiva se ejerza plenamente[8]. Durante la última década del siglo XX y la primera del siglo XXI, la democracia liberal alcanzó una hegemonía universal, pero este consenso está roto y el conflicto entre las dos maneras de entender la democracia, un conflicto que surge en el tiempo de

7. Sartori, G., *Teoría de la democracia*, Madrid, Alianza, 1988.
8. El autor que con más denuedo ha defendido el modelo populista de democracia es Ignacio Sánchez-Cuenca. En su obra Sánchez-Cuenca, I., *Más democracia, menos liberalismo*, Madrid, Katz, 2010, se sostiene que «en muchas democracias, los tribunales tienen el monopolio de la interpretación constitucional. Son éstos, por tanto, quienes en última instancia deciden acerca de la constitucionalidad de las leyes. Se trata de una limitación muy fuerte de la democracia, pues una ley que tenga un apoyo muy amplio en la sociedad y en los partidos políticos puede quedar anulada simplemente porque unos jueces así lo estimen oportuno». Y se propone como remedio «un sistema de frenos y contrapesos a propósito de este asunto en el que son el pueblo y sus representantes y no los jueces, quienes tengan la última palabra». Estas palabras figuran en el capítulo V, titulado significativamente «Los jueves contra el pueblo», pp. 161-188.

las luces, se ha reavivado, tal y como atestiguan las defensas de autócratas de hoy día de una democracia «iliberal»[9].

Los distintos autores que han estudiado la democracia pueden dividirse en pluralistas y unitaristas. Empezando por estos últimos, ejemplo de unitarismo sería Giovanni Sartori, que sostiene que únicamente la liberal democracia califica como verdadera democracia. Por el contrario, otros como David Held[10], siguiendo la estela de C. B. Macpherson[11], sostiene que hay y ha habido distintos modelos de democracia que pueden compararse en un plano horizontal. Una perspectiva que se originó en el tiempo de la guerra fría cuando existían las llamadas «democracias populares» y las «democracias liberales» pero que ha encontrado nueva vida en el antagonismo entre populismos y democracias liberales en el presente. Robert A. Dahl intentó zanjar este conflicto de definiciones, en el tiempo de la Guerra Fría, sugiriendo el uso del concepto «poliarquía», presuntamente libre de connotaciones valorativas, para describir los sistemas políticos que satisfacían las precondiciones de una eventual democratización. Estas precondiciones se podrían resumir en ocho:

a) Libertad de asociación.

b) Libertad de expresión.

c) Derecho al voto.

d) Derecho a competir por el apoyo político/elegibilidad para cargo público.

e) Fuentes de información alternativas.

f) Elecciones libres y competitivas.

g) *Responsiveness*, esto es, que los partidos y gobiernos fueran sensibles a las demandas sociales. Receptividad.

h) *Accountability*, es decir, que los gobiernos y cargos electos rindieran cuentas de su desempeño político. Responsabilidad política[12].

9. El concepto fue acuñado, como más adelante refiero, por Fared Zakaria en 1997, pero quien lo hizo suyo fue Viktor Orbán en su famoso discurso del 26 de julio de 2014, en la universidad de verano Bálványos, en Baile Tusnad, Transilvania, Rumanía.
10. Held, D., Modelos de democracia, Madrid, Alianza, 2007.
11. Macpherson, C. B., *The Life and Times of Liberal Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 1977.
12. Dahl, R., *Polyarchy. Participation and Opposition*, New Haven, Yale University Press, 1972, p. 3.

Como puede verse, las condiciones enumeradas por Dahl dan cuenta de una parte de los requisitos que se exigen a régimen político para ser calificado de democracia liberal y, ciertamente, no son cumplidos por ninguna democracia de la Antigüedad ni por ninguna «democracia popular».

Sin embargo, el propio Dahl, en su obra *Democracy and its Critics*[13], hace una historia de la democracia desde el punto de vista del desarrollo de la idea de soberanía popular, como fundamento de la democracia, y esto lo lleva a referirse a episodios aislados de la historia del mundo que, paradójicamente, nada tienen que ver con su concepto de poliarquía. Más ajustada a la historia es la generalogía que hace Sartori de la democracia vinculándola al parlamentarismo y al desarrollo de los mecanismos de representación como instrumentos de limitación del gobierno y de protección de la liberad.

3. LA DEMOCRACIA DE LOS ANTIGUOS Y LA DEMOCRACIA DE LOS MODERNOS.

En general, como acabamos de ver, hay al menos dos maneras de narrar la historia de la democracia. Una, vinculada a la tradición colectivista, hace de Atenas un ideal y busca remedar su democracia en las condiciones modernas. Otra, alternativa, sostiene que hay una cesura radical entre el concepto de libertad de los antiguos y la libertad de los modernos y, por tanto, las instituciones de nuestros antepasados no satisfacen las necesidades ni los valores que nosotros tenemos. En este último sentido es esencial la obra de Benjamin Constant cuyo argumento queda sintetizado de la mejor manera en su conferencia de 1819 «La libertad de los antiguos comparada con la de los modernos»[14]. Constant explica que, para los modernos, nosotros, libertad refiere sobre todo al disfrute privado de nuestra soberanía, esto es, a tener garantizado un espacio de libertad que no se vea interferido por la acción de otros. En suma, a que nos dejen en paz. Sin embargo, para los antiguos, libertad refería al autogobierno colectivo en el que el bien común debía anteponerse a los intereses particulares. Constant señala que el intentar aplicar las instituciones de las repúblicas antiguas a las sociedades modernas agosta la libertad individual. Para ello nos recuerda, de forma algo provocadora, que la censura o el ostracismo eran esenciales para la libertad de los Estados de la antigüedad, pero pensar que pueden estar hoy día al servicio de la libertad es un engaño que no conduce sino al despotismo.

13. Dahl, R., *Democracy and its Critics*, New Haven, Yale University Press, 1989.
14. Constant, B., *La libertad de los modernos*, Madrid, Alianza, 2019. Edición de Ángel Rivero.

Sin embargo, Constant también observa que, para poder disfrutar de la libertad moderna, individual, esto es, de la protección de la vida; de las propiedades; de la libertad de conciencia, asociación y culto, es necesaria la participación política. Por lo tanto, la libertad moderna necesita en cierta manera de algo de la libertad antigua, de la participación política, pero no como un fin último sino como su garantía. Es decir, tiene un valor subordinado pero imprescindible[15].

4. EL PARLAMENTARISMO Y EL ORIGEN DE LA DEMOCRACIA CONTEMPORÁNEA

La concepción colectivista de la democracia se encuentra con el problema de que hace falta alguien que determine cuál es la verdadera voluntad general, la voz del pueblo. Esta cuestión la abordaré más adelante de la mano de Jacob Talmon. Ahora basta señalar que Robert Michels formuló la «ley de hierro de la oligarquía», que establecía que siempre que había representación se generaba un interés en los representantes diferente del de los representados que los primeros hacían valer sobre los segundos[16]. De modo que, si hay representación, la democracia como gobierno del pueblo no es posible. Michels había sido militante del SPD y su análisis estaba dedicado a la democracia interna de su partido, pero su análisis era extensivo a la democracia en general. Si hay representación, siempre, y por esto es una ley de hierro, los representantes actúan en su propio interés y no en el de la mayoría, de ahí la oligarquía: el gobierno corrupto de unos pocos en su propio beneficio. Finalmente, Michels encontró en la Italia de Mussolini la democracia como gobierno del pueblo que estaba buscando: cuando hay una comunión entre la masa y el líder, el conductor o Duce, entonces esta conjunción de líder y masa produce el pueblo que se mani-

15. Jean-Philippe Feldman reprocha a Constant que en su modelo constitucional no haya control de constitucionalidad de las leyes lo que finalmente produce ineficacia en la garantía de los derechos. Feldman, J-P., «Le constitutionnalisme selon Benjamin Constant», *Revue Française de Droit constitutionnel*, 76. 2008, pp. 668-671.

16. Michels, R., *Los partidos políticos. Un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna*, Buenos Aires, Amorrortu, 1979: «Los líderes, que al principio no eran más que órganos ejecutivos de la voluntad colectiva, se emancipan pronto de la masa y se hacen independientes de su control. La organización implica la tendencia a la oligarquía. En toda organización, ya sea de partido político, de gremio profesional, u otra asociación de ese tipo, se manifiesta la tendencia aristocrática con toda claridad. El mecanismo de la organización, al conferirle solidez de estructura, induce algunos cambios importantes en la masa organizada, e invierte completamente la posición respectiva de los conductores y los conducidos. Como consecuencia de la organización, todos los partidos o gremios profesionales llegan a dividirse en una minoría de directivos y una mayoría de dirigidos», p. 77-78.

fiesta como una única voz por boca de su conductor[17]. Es decir, el totalitarismo sería la forma más perfecta de democracia. Frente a esta concepción está aquella que rescata, por el contrario, la idea de representación como el elemento central de la democracia. Así en Constant que la reivindica como un instrumento que los antiguos desconocieron y también la tradición liberal de la democracia que hace del parlamento su institución central. John Keane[18] y Michael Oakeshott[19] hacen del parlamento del reino de León el primer parlamento representativo porque reúne por primera vez, en 1188, a los tres estados: la nobleza, el clero y el pueblo y al hacerlo así realiza la máxima de que lo que a todos afecta debe ser aprobado por todos. El parlamento tenía, por tanto, desde su inicio, una carácter deliberativo y legislativo, la unanimidad del pueblo únicamente se da en la ley, pero también, y esto es lo esencial de acuerdo con la libertad de los modernos, una función de control del poder político como mecanismo de protección de la libertad. Como veremos, esta concepción de la democracia como desarrollo del parlamentarismo se ha enfrentado de forma permanente, durante la edad contemporánea, con la definición colectivista o soberanista de la misma.

5. LAS DOS TRADICIONES DE LA DEMOCRACIA: LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL Y LA DEMOCRACIA SOBERANISTA O PLEBISCITARIA

El conflicto entre las dos definiciones antagónicas de democracia se puede seguir de la mejor manera en la obra de Jacob Talmon *Los orígenes de*

17. Ibid., p. 35: Para él, *II Duce* traducía «en forma desnuda y brillante los deseos de la multitud». Los compromisos vulgares y el conservadurismo dictado por las limitaciones de la democracia burocrática y oligárquica no eran para el carismático Duce y el fascismo. «En cambio, su perfecta fe en sí mismo, base esencial para esta forma de gobierno carismático, proporciona la tendencia dinámica característica».

18. Keane, J. *Vida y muerte de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2018, p. 205: «Fue en la antigua ciudad romana de León, ahora amurallada, que en marzo de 1188 —una generación completa antes de la Carta Magna de 1215 del rey Juan de Inglaterra— Alfonso IX convocó las primeras cortes de la historia, bautizadas con el término local utilizado tanto para el consejo de la ciudad como para la ciudad misma en la que residía el rey.11 Los delegados de los tres estamentos leoneses —la nobleza, la Iglesia y el "común", "estado llano" o "tercer estado" (en realidad, miembros privilegiados de las ciudades)— se reunieron en el claustro de piedra arenisca color amarillo y gris rojizo de la magnífica y modesta basílica de San Isidoro. El nombre del lugar iba acorde con la ocasión, pues san Isidoro fue el buen obispo de Sevilla autor de la célebre máxima que dice que sólo aquel que gobierna haciendo el bien es un rey verdadero». Una confirmación de que Alfonso IX trató de guiarse por este lema sería grabada en los muros de la iglesia a modo de inscripción firmada por el propio rey: «A los comienzos de mi reinado, cuando por primera vez celebré cortes en León, dentro de San Isidoro. Alfonso IX, rey de León, 1188».

19. Oakeshott, M., *Lectures in the History of Political Thought (Michael Oakeshott Selected Writings)*, Londres, Imprint Academic, 2007.

la democracia totalitaria[20]. En ella el profesor israelí señala, siguiendo a Tocqueville, que las dos democracias tienen la misma fuente, la Ilustración, pero siguieron cursos de desarrollo bien distintos. Una, la democracia liberal, concibe la política como una combinación de aciertos y errores a través de los cuales los humanos alcanzan acuerdos pragmáticos para alcanzar una convivencia pacífica. Por el contrario, la democracia totalitaria, que yo he denominado plebiscitaria o soberanista, supone que la política consiste en realizar una verdad única, exclusiva, lo que da lugar al mesianismo político, algo que ya hemos atisbado en Michels al buscar un salvador que encarnara la democracia.

Acabo de apuntar cómo, en palabras de Tocqueville, la modernidad, una misma fuente, alumbró dos cursos políticos: uno conducía al gobierno moderado, las sociedades libres; el otro al despotismo en el nombre de la soberanía del pueblo. John Locke ha sido visto por muchos como el padre el liberalismo. En sus *Dos tratados sobre el gobierno civil*, de 1689 (aunque con fecha de 1690) se realiza, en primer lugar, una crítica de los fundamentos teológicos del absolutismo monárquico. En el argumento desarrollado por los Estuardo, por Jacobo I a su llegada al trono de Inglaterra al inicio del siglo XVII, se afirmaba que el origen del poder de los reyes era natural, esto es, formaba parte del mundo creado por Dios y no era resultado de una convención humana. Para ello buscaban en las *Escrituras* el fundamento de la monarquía y al afirmar la soberanía del Rey, concretada en su prerrogativa, establecía que los reyes debían su poder a Dios y no a la autorización de los súbditos; que la ley era emanación de su voluntad, y por tanto no estaban sometidos a ella; y que los súbditos ni podían deponerlos ni limitar su poder en forma alguna pues sus derechos eran gracia del monarca. Según este argumento, el rey era el *pater patriae*, un padre, y no son los hijos quienes eligen al padre; ni son los hijos quienes determinan su comportamiento porque ya el *Decálogo* señala que lo que les corresponde es obedecerlos y respetarlos.

El conflicto dinástico y religioso que en el siglo XVII dio lugar a las guerras civiles en Inglaterra, a la proclamación de la República en 1649, tras cortar la cabeza a Carlos I Estuardo; a la restauración de la monarquía en 1660, en la figura de Carlos II; y, cuando este intentó reafirmar nuevamente la prerrogativa regia y cambiar la iglesia establecida, en la figura de Jacobo II, su hermano, a la revolución gloriosa de 1688. Esta revolución significa el triunfo del Parlamento sobre la soberanía regia y establece un orden político

20. Talmon, J.L., *Los orígenes de la democracia totalitaria*, México, Aguilar, 1956. *Vid.* introducción, pp. 1-3 donde la democracia liberal y la democracia totalitaria, nacidas de las mismas fuentes, con caracterizadas y contrapuestas. La primera tiene como objeto gestionar el conflicto mientras que la segunda se mueve por una pulsión mesiánica.

constitucional que, evolucionado, sigue todavía vigente en el Reino Unido. Los principios de tal sistema son la afirmación de unos derechos prepolíticos de los súbditos, cuya protección es el fin mismo de la sociedad política, encarnados en la *Declaración de derechos*; y la afirmación no menos revolucionaria o tradicional, depende desde donde se mire, de que el poder político es legítimo siempre que haya sido autorizado y se mantenga en los límites fijados por los ciudadanos. Si este poder político no respetara la protección de derechos u obrara de forma tiránica, entonces los súbditos tendrían derecho a rebelarse, incluso de manera preventiva.

Montesquieu, en el siglo XVIII idealizó este modelo y lo asoció a la idea de una soberanía dividida, la separación de poderes, como garantía de la protección de la libertad individual. Con él se iniciaría la anglofilia del liberalismo francés. Para Montesquieu, las repúblicas formaban parte de un mundo periclitado, donde la idea de virtud se correspondía con unas convenciones colectivas que obligaban a los individuos en su accionar particular. Pero tal bien común, propio de las sociedades antiguas, comunitarias, casaba mal con la libertad del súbdito propio de la monarquía constitucional. Ni Locke, ni Montesquieu pueden ser calificados de liberales, porque la palabra no tenía aun circulación política, pero retrospectivamente estaban sentando las bases del pensamiento liberal al dar continuidad al parlamentarismo como la corriente principal que desemboca en la democracia contemporánea. Así, Benjamin Constant, ya en el inicio del siglo XIX, al constatar los fracasos de la Revolución francesa, cuyo único aspecto positivo es haber dado fin a la monarquía absoluta, reivindica la libertad inglesa encarnada en el gobierno representativo como la mejor forma política por adecuada al valor individual de la libertad propio de la sociedad moderna. Para Constant, la libertad tiene una dimensión esencialmente individual; y la liberta colectiva del mundo antiguo no es sino una forma de despotismo insoportable para el hombre moderno. Eso sí, advertirá, tal como señalé líneas arriba, que para proteger la libertad individual es fundamental la participación política y, al hacerlo, vinculará el parlamentarismo con el desarrollo de la democracia.

En una línea parecida, tras el fracaso de la Restauración borbónica en Francia —el objeto de la actividad política de Constant— Alexis de Tocqueville anunció en *La democracia en América* que el futuro de Francia, tras la revolución de 1830 era necesariamente democrático y, que para conocer el futuro de Francia se embarca hacia Estados Unidos, un país que ya ha recorrido el periplo democrático que se está iniciando en tierras galas. El presupuesto de su viaje es que la lógica de la igualdad se afirma frente al mundo antiguo del privilegio y puesto que los Estados Unidos son una sociedad democrática desde su fundación, nada mejor que viajar allí, un

viaje en el tiempo, hacia el futuro, para conocer lo que sucederá en Francia. Para Tocqueville, por su prejuicio nobiliario, una sociedad democrática, esto es, una sociedad de iguales sin reconocimiento de autoridad superior alguna, debía ser una forma terrible de despotismo puesto que el criterio de la mayoría se convertía en la única fuente de autoridad y encarnada en el gobierno, en una autoridad ilimitada a la que debían plegarse todos los individuos: la tiranía de la mayoría. Pero descubre, para su sorpresa, que en una sociedad democrática la libertad es posible.

Su obra *La democracia en América* (1835-1840) es fruto de esta experiencia y su mensaje es positivo: la libertad es posible en las sociedades democráticas porque el gobierno democrático está construido sobre la idea de la fragmentación de la soberanía, separación de los tres poderes y partición territorial del poder, federalismo; pero además, porque en la sociedad democrática americana las asociaciones, la sociedad civil, realizan la función que correspondía a la nobleza en las sociedades antiguas, al agrupar a los hombres y dotarles de un poder frente al gobierno que de otra manera no tendrían. Las asociaciones son el meso-gobierno democrático que limita el ejercicio del poder y lo modera, al tiempo que articula una sociedad individualista al agregar en grupos comunitarios a sus ciudadanos.

El mensaje de Tocqueville fue escuchado y seguido por John Stuart Mill, lo que le llevó a que su partido, el partido whig, el partido de Locke, se convirtiera en el partido liberal. Un partido defensor del gobierno representativo como instrumento de protección de la libertad individual y que, advirtiendo los peligros de la tiranía de la mayoría, hacía de la protección de los individuos frente a la interferencia de la mayoría y del gobierno el fundamento mismo de un orden político progresista[21].

En suma, la idea de unos derechos individuales pre-políticos, propia del pensamiento político emanado de la Reforma, se unió con la tradición católica del gobierno limitado, dando lugar al constitucionalismo, a la idea del gobierno moderado que daba continuidad y renovaba la tradición parlamentaria medieval[22]. Al inicio del siglo XIX, en Cádiz, este programa político parlamentario, constitucional, recibió el nombre de liberalismo y poco después, sobre todo a partir de 1820, se universalizó como denominación política. Es importante señalar que su nacimiento, a pesar de las figuras que

21. Mill, J.S., *Considerations on Representative Government*, 1861.

22. Ahora no puedo desarrollar esta idea, pero es evidente que el argumento contractual fue creado por los jesuitas, o en sentido más amplio por la Escuela de Salamanca, y apropiado después por los teóricos del partido whig. Por ejemplo, Juan de Mariana, en su obra *Del rey y de su educación* (1599) señala «la potestad regia, en cuanto es legítima, ha sido establecida por el consentimiento de los ciudadanos; así los primeros

acabo de mencionar, no fue el resultado del pensamiento político alumbrado por un filósofo, sino de la continuación de una experiencia política de acomodación del conflicto, algo que la modernidad radicaliza y acaba por convertirlo en revolucionario: la defensa de la tradición como revolución frente a la novedad de la soberanía absoluta como remedio al conflicto moderno.

Sin embargo, ahora veremos que el problema moderno era susceptible de otras respuestas, esta vez desde la afirmación de la libertad colectiva frente al individualismo moderno.

6. LA DEMOCRACIA SOBERANISTA Y EL SOCIALISMO: ROUSSEAU Y MARX

En la clasificación de los regímenes políticos de Aristóteles, la democracia era una forma corrupta de gobierno en la que los muchos gobernaban en su propio interés ignorando el bien común de toda la sociedad. Durante la mayor parte de la historia política de Occidente este fue el significado de

---

reyes o gobernantes fueron elevados por este medio al ejercicio del poder, y por ello estimo que debió ser limitado por leyes o normas que se estimaron necesarias para que el poder no se salga de sus límites, en perjuicio de los que están sometidos, y degenere en tiranía» (93). Así pues, tiene más potestad la comunidad que el rey. Para Mariana, «conviene al bien público y a la misma autoridad de los príncipes que haya quienes contengan el gobierno del rey dentro de ciertos límites y que lo destruyen los aduladores charlatanes y falsos que lo quieren sin límite» (105). En el capítulo noveno, que lleva por título «el príncipe no está dispensado de guardar las leyes» (*Princeps non est solutus legibus*) se vuelve sobre esta idea de la ley como límite del poder político: «sepa el príncipe que las sacrosantas leyes en que descansa el bienestar público serán sólo estables si las sanciona él mismo con su ejemplo. En las leyes está contenido lo que es lícito y justo, y el que las viola se aparta de la justicia y la rectitud, cosa que a nadie está permitida, y mucho menos al rey, cuya misión es administrar justicia y castigar el crimen, cuidados en los que debe tener siempre puesto su entendimiento y sus preocupaciones. Podrán los reyes, cuando lo exijan las circunstancias, proponer nuevas leyes, interpretar y suavizar las antiguas, suplirlas en los casos que no se hayan previsto; mas nunca, como pienso que haría un tirano, cambiarlas a su antojo ni acomodarlas a sus caprichos y a sus intereses sin respetar para nada las instituciones y las costumbres patrias. Los príncipes legítimos no deben obrar jamás de modo que parezcan ejercer una soberanía absoluta desvinculada de la ley [legibus solutam potestatem]» (108). «(...) Con esta moderación quizá disminuirá la potestad del príncipe, pero sin ella aumentará el desorden demencial, que es consecuencia de la libertad de quebrantar las leyes. Alguien dirá que es de ánimos encogidos el respetar las leyes, pero más bien es de hombres depravados el despreciarlas» (ibid.). Todas las citas de Juan de Mariana, *La dignidad real y la educación del rey*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1981. En esta línea puede verse el muy completo artículo de Roger Boada Queralt, «Los contrapoderes en la Escuela de Salamanca», capítulo II de Castellá Andreu, J.M., y Expósito, E. eds. *Contrapoderes en la democracia constitucional ante la amenaza populista*, Madrid, Marcial Pons, 2024.

democracia, un gobierno tumultuario, despótico, de la multitud que ignoraba los derechos de los individuos. Sin embargo, en el tiempo de la Ilustración este concepto de democracia comenzó a adquirir un sentido positivo, primero como un gobierno mixto y más adelante como gobierno colectivo. Pero pronto se utilizará para contraponerlo al concepto liberal de democracia como gobierno limitado que hemos visto anteriormente.

Jean-Jacques Rousseau fue en buena medida quien sentó las bases de este cambio al formular en su libro *El contrato social* un ataque formidable contra la representación política y al defender una libertad positiva, colectiva, encarnada en una voluntad general. Así, vimos cómo hay en el liberalismo francés una tradición anglófila que defiende el gobierno constitucional, limitado, como aquel que la fragmentar la soberanía mediante la división de poderes permite la protección de los derechos individuales. Pues bien, Rousseau seguirá el camino inverso. Para él la libertad individual corresponde a un estadio primitivo del desarrollo humano, el estado de naturaleza, en el que los hombres disfrutan de una ingenua libertad en la que se manifiesta sobre todo su buena naturaleza, que será corrompida por la civilización. En Rousseau, la causa de la discordia entre los hombres no radica en su naturaleza imperfecta sino en convenciones humanas, en particular la propiedad privada, que estimulan el vicio y la competición. Como receta de remedio propondrá un contrato social en el que los hombres conserven su libertad original y, al tiempo, se hagan merecedores del disfrute de los bienes de la civilización. En el argumento de Rousseau la libertad inglesa no es tal porque los ciudadanos, al transferir a unos representantes su soberanía original, la pierden y pasan, por un acto voluntario, de ser ciudadanos a convertirse en súbditos.

Para Rousseau hay libertad cuando la soberanía original se conserva, pero esta soberanía, que era personal en el estado de naturaleza, se convierte en social al integrar a los individuos en una comunidad política, civil. De acuerdo con Rousseau, si el individuo aislado se hace parte de una comunidad transforma su voluntad en un sentido colectivo y se hace libre al obedecer una voluntad general que se considera parte de su propia voluntad. De ahí que Rousseau sostenga que, en una sociedad bien ordenada, al que discrepa de la voluntad general, se le ha de obligar a obedecer y, al hacerlo, se le está haciendo libre y no esclavo. Es decir, en su visión obedecer a esa presunta voluntad colectiva es ejercer una libertad positiva. Por el contrario, defender un coto de libertad individual donde el individuo se afirme como soberano en el terreno que le es propio, el privado, se considera un acto de desobediencia que va contra el fundamento mismo de la vida social. Esta concepción colectivista de la vida social será retomada por Robespierre y los jacobinos durante el Terror de la Revolución francesa para

justificar la eliminación de los enemigos del pueblo y inspirará la constitución francesa de 1793.

En este modelo de democracia, el ejercicio de un poder que se justifica apelando a la voluntad el pueblo se contrapondrá desde entonces al modelo liberal de democracia. Si para el liberalismo la democracia es un instrumento que, mediante la participación política, permite la protección de los derechos individuales y una vida colectiva coordinada; en el modelo colectivista de democracia, ésta es vista como un fin en sí mismo, puesto que la voluntad del pueblo convertida en decisiones políticas se convierte en el fin propio de la política como actividad. Ciertamente, determinar la voluntad del pueblo no es tarea fácil y de ahí que en esta tradición se apele a hombres extraordinarios que, por su virtud, esto es, por su dedicación al bien común, conviertan sus decisiones en expresión de la voluntad colectiva. De ahí también que en esta tradición el ejercicio autoritario del poder en nombre del pueblo sea endémico. Ya vimos en su momento como Robert Michels, siguiendo los mismos argumentos de Rousseau, sostenía que toda representación implica una diferenciación funcional entre representantes y representados que hacía que los primeros generaran un interés particular al que servían por encima del interés común de los representados. Y vimos también como Michels, que pensaba que esta «ley de hierro de la oligarquía» hacía imposible la democracia, descubría más tarde que la Italia de Mussolini encarnaba la verdadera democracia, sin mediaciones que la distorsionaran, cuando el líder se hacía pueblo, comulgaba con el pueblo y se convertía en su voz y en su guía.

En el socialismo marxista está presente esta crítica a la democracia liberal, como puede verse en «La cuestión judía», donde la visión de Rousseau se radicaliza al punto de que, llegado el fin de la historia, la humanidad se emancipará de la dominación ejercida por el capitalismo y disfrutará de un comunismo de ricos que, de alguna manera, hará que el valle de lágrimas de la historia humana culmine en la promesa mesiánica de un cielo en la tierra. Puesto que el conflicto humano, la guerra o lucha entre las clases, la sociedad dividida por el acceso diferenciado a la propiedad habrá llegado a su término, la política como actividad de concordia y de instrumento para concertar la vida humana dejará de ser necesaria.

Sin embargo, en la versión leninista del credo marxista, la visión colectivista de la democracia renacerá, al defenderse que el interés del pueblo es el que define la democracia y la sostenerse que el partido comunista y su líder son los verdaderos intérpretes de ese interés, al punto de sostener que una dictadura del partido, la dictadura del proletariado, es la verdadera democracia, el gobierno del pueblo frente a sus enemigos, y de ahí que las

dictaduras comunistas se hayan denominado a sí mismas «democracias populares», frente a las falsas democracias o democracias formales burguesas. Desde la revolución rusa de 1917 hasta la implosión del socialismo real entre 1989-1991, este modelo de democracia figuró como alternativa a la democracia liberal, sobre todo en el período de posguerra entre 1945 a 1989. Con la caída del comunismo y su descrédito —totalitarismo, autoritarismo, falta de libertad y atraso—, la democracia liberal se hizo hegemónica en el mundo, tal como manifestaba el alegato eufórico de Francis Fukuyama en su famoso artículo de 1989, «¿El fin de la historia?»[23]. Sin embargo, este triunfo de la democracia liberal no fue tan duradero como pronosticaba este alegato. En él se decía que siglos de aburrimiento llevarían de nuevo al conflicto ideológico a la humanidad, pero apenas dos décadas más tarde, en 2008, con la crisis financiera global, la euforia liberal se desvaneció y dio paso a la defensa de autocracias que se legitimaban a sí mismas, de nuevo, como democracias iliberales.

7. LAS NUEVAS AMENAZAS A LAS DEMOCRACIAS LIBERALES

Para muchos autores vivimos un tiempo de quiebra o debilitamiento de la democracia liberal. Tras la tercera ola democratizadora anunciada por Samuel Huntington e iniciada con el golpe de Estado del 25 de abril en 1974 en Portugal, parece que la democracia, en lugar de crecer en el mundo, se encuentra en declive[24]. Si la tercera ola de la democracia llegó a su pleamar en la década final del siglo XX, hoy parece que va en reflujo en todas partes, incluso en las democracias consolidadas. En la actualidad, a diferencia del final del siglo XX, se defienden las autocracias como sistemas superiores a las democracias a la hora de atender los desafíos de las sociedades contemporáneas y son muchos los que defienden la democracia iliberal, conceptualizada por Fareed Zakaria[25] y puesta en práctica por Viktor Orbán en Hungría. Ahora bien, hay también quien ha relativizado esta idea del declive de las democracias atendiendo al hecho de que el índice de libertad de *Freedom House* registra hoy más países libres que cuando fue fundado en los años setenta del siglo pasado. Pero, en sentido inverso, el *Democracy Index* de *The Economist*, fundado en 2006, aunque mantiene prácticamente invariado el número de *full democracies* registra un señalado aumento de los Estados autoritarios y un descenso general de la calidad de la democracia. Como ha señalado el ya citado John Keane, que también desdramatiza el

23. Fukuyama, F. «The End of History?», *The National Interest*, *Summer* 1989.
24. Huntington, S. *The Third Wave. Democratization in the Late Twentieth Century*, Oklahoma, University of Oklahoma Press, 1991.
25. Zakaria, F., «The Rise of Illiberal Democracy», *Foreign Affairs*, Vol. 76, No. 6 (nov. - dec., 1997), pp. 22-43.

diagnóstico agónico en relación con la democracia, ésta puede desaparecer por una variedad de causas: como resultado de un conflicto bélico; de un golpe de Estado; pero también, y esto me parece lo más importante, por su subversión interna como resultado del debilitamiento de sus instituciones. Este parece ser el *modus operandi* de la muerte de la democracia en este tiempo[26].

Con relación a lo primero, una causa exógena asociada al conflicto no permite grandes reflexiones sobre el fin de la democracia, pero las otras dos razones sí dan pie al análisis. En el caso del golpe de Estado. Por ejemplo, la presidencia de Salvador Allende llegó a su fin, junto a su propia vida, el 11 de septiembre de 1973, por el golpe de Estado protagonizado por el general Augusto Pinochet, tras el que siguió una larga dictadura. La raíz de la acción militar fue el intento de forzar la Constitución desde la presidencia propiciando un tránsito al socialismo desde una débil base de apoyo social y político, lo que produjo a la postre un conflicto constitucional que acabó por justificar la intervención política de los militares y una posterior atroz represión[27]. Es decir, el ejercicio del poder político desde los límites de la legitimidad produjo la quiebra del sistema.

Caso parecido fue el de la segunda presidencia de Juan Domingo Perón en Argentina, que acabó también en 1955 con un golpe militar, justificado por la deriva autocrática del presidente. La lección que se extrae de aquí es que si la democracia constitucional no es capaz de integrar la alternancia política y quiebra el consenso de la sociedad acerca de las reglas que deben presidir el juego político, entonces se produce un tipo de crisis en el que la violencia sustituye a la democracia y ésta desaparece.

Juan Linz, hace referencia a estas situaciones en su obra *La quiebra de las democracias*[28], apuntando además la circunstancia muy relevante de que no hay un determinismo en el debilitamiento y quiebra de las democracias, sino que, en contextos socio-económicos similares, el papel de la política y los políticos pueden ser fundamentales en su mantenimiento. El estudio comparado muestra cómo la crisis de 1929 produjo la quiebra de la democracia en Alemania, antes en Italia, y sin embargo, en una situación igualmente crítica, los Estados Unidos fueron capaces de conservarla. Es decir,

26. Este es el tema y la perspectiva de la obra *Cómo mueren las democracias*, de Steven Levitsky y Daniel Ziblatt, Barcelona, Ariel, 2018. La democracia ya no termina con un estallido, un golpe militar o una revolución, sino con el lento y progresivo debilitamiento de sus instituciones: el sistema jurídico, la prensa y la política misma como actividad.
27. Sobre la tragedia chilena es esencial el libro de Daniel Mansuy: Mansuy, D., *Salvador Allende. La izquierda chilena y la unidad popular*, Santiago de Chile, Taurus, 2023.
28. Linz, J., *La quiebra de las democracias*, Madrid, Alianza, 2021.

que ante situaciones iguales el resultado es distinto en función del comportamiento de los actores.

Esto nos lleva al presente y al hecho muy relevante de que la acción política es determinante en el debilitamiento y eventual quiebra de las democracias. El populismo busca destruir las democracias existentes en el nombre de una democracia superior. Pero el populismo no siempre realiza esta tarea de demolición de la democracia e, incluso, en determinadas ocasiones puede ser agente involuntario de su revitalización. Así, en el caso de Venezuela, la presidencia iniciada con el siglo XXI por Hugo Chávez ha llevado a la destrucción de la democracia, al socavar la separación de poderes y la independencia judicial en el nombre de una democracia del pueblo. Sin embargo, en otros lugares, particularmente en Europa central y en Escandinavia, el ejercicio del gobierno por parte de partidos populistas no ha mermado la calidad de sus democracias, aunque ciertamente ha degradado la discusión pública al trufarla de xenofobia y maniqueísmo. La razón de esta resistencia de la democracia puede vincularse directamente con la solidez de sus instituciones, con la centralidad el parlamento como poder legislativo y de control; pero también con la fortaleza de la independencia judicial.

En cualquier caso, la lección que nos ofrece el populismo en relación con la continuidad y calidad de la democracia muestra que la democracia liberal, la única existente, se resiente cuando sus instituciones se debilitan al ser cooptadas por el poder ejecutivo. Esto es, que si de verdad preocupa la supervivencia de la democracia harían bien los políticos por cuidar sus instituciones. La degradación de las instituciones en el nombre de una presunta voluntad del pueblo, que hemos visto afirmarse en tantos lugares con el argumento demagógico de que la democracia está por encima del Estado de derecho, es en este tiempo la principal amenaza que apunta a la quiebra de la democracia.

8. CONCLUSIONES: LA INDEPENDENCIA DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES COMO GARANTES DE LA INSTITUCIONALIDAD DEMOCRÁTICA

En este texto he querido mostrar que, a diferencia de muchas obras dedicadas a la democracia y siguiendo a Giovanni Sartori, la historia de la democracia está mal contada. Ciertamente, la palabra democracia se inventó en la antigua Grecia para denominar una forma de gobierno en la que la mayoría ejercía el poder político de forma corrupta, esto es, con desdoro del bien común y en su propio provecho. Este significado dominó gran parte de la historia política de occidente, pero en la transición del siglo XVIII

al XIX su significado mutó y se hizo positivo al contraponerse a una forma nueva de despotismo, la monarquía absoluta. Frente a la monarquía absoluta buscó afirmarse el parlamentarismo, que había nacido en la Edad media y que tenía como fundamento básico la idea de un poder moderado, limitado, sujeto a la autorización de los súbditos/ciudadanos. En un momento dado de la modernidad este gobierno constitucional se empieza a denominar democracia. Pero este significado positivo de la democracia adquirió pronto dos formas antagónicas que he contrastado a lo largo de las líneas anteriores.

Una, la democracia liberal, entendía la democracia como un procedimiento para organizar la vida social que permitía la protección de la libertad de los individuos, es decir, la democracia como participación política universal tenía un valor instrumental. Frente a esta democracia se situaba otra que, apelando al significado original de la palabra, buscaba realizarlo como forma superior y valiosa en sí misma. Esta democracia colectivista, plebiscitaria o soberanista, ha estado detrás de los modelos rivales de la democracia liberal en la edad contemporánea: en las democracias populares y en los experimentos populistas. Durante la última década del siglo XX y la primera del siglo XXI, la democracia liberal se hizo hegemónica, es decir, no tenía rivales que buscaran ofrecer algo distinto bajo el nombre de democracia. De ahí que se anunciara el fin de la historia: nuestra imaginación política había llegado a su fin con la realización de la idea. Pero esta proclamación resultó prematura.

Empecé este texto señalando la observación de Vile de que la separación de poderes y su concomitante defensa de la independencia judicial no encuentran un asidero firme en la forma de una doctrina. Por el contrario, su mayor argumento radica en el hecho cierto de que sabemos por experiencia que hay instituciones que protegen la libertad, las que moderan y controlan el poder político; y hay maneras de entender la democracia que crean un sujeto soberano colectivo, en el nombre del cual hablan los autócratas, y que bajo la promesa de la democratización conducen al despotismo.

Bajo la lógica de esta última definición de la democracia, la defensa de la independencia de los tribunales constitucionales carece de sentido. El tribunal constitucional ha de plegarse a las demandad del autócrata que, al hablar en nombre del pueblo, se identifica a sí mismo como la verdadera democracia. Por el contrario, en las democracias liberales esa independencia es crucial porque entraña la pervivencia del Estado de derecho. Lamentablemente, tal como señalé por referencia al *Democracy Index* de *The Economist*, estamos en un tiempo de reflujo de la democracia y uno de los indi-

cadores más evidentes de esta degradación es el sostenido ataque que viene realizándose contra la independencia judicial desde los ejecutivos y, en particular, hacia los tribunales constitucionales por su función de velar por la constitucionalidad de las leyes.

La política populista busca alinear todos los poderes del Estado bajo la dirección de un ejecutivo encarnado en la figura de un líder. Esta concentración del poder político es calificada de democracia porque se sanciona a través de mecanismos plebiscitarios en los que las contiendas electorales no consisten en la comparación de propuestas sino en la renovación de la confianza del pueblo en un líder que le de voz. En este cuadro, toda oposición que busque ejercer el control del gobierno resulta desacreditada y de aquí que el parlamento, el poder judicial y la prensa sean calificados como enemigos del pueblo, para poder ser así neutralizados. Es por ello que la independencia del tribunal constitucional es crucial en al mantenimiento de la democracia porque, aunque en este texto he señalado que la democracia tiene dos sentidos principales en su comprensión, solo la democracia liberal ha sido verdadera democracia como protección de la libertad mientras que la otra, hablando en nombre de una democracia que se presumía superior, ha conducido al agostamiento de toda libertad.

Capítulo 2

Los límites de la Corte Constitucional: del «Triángulo de las Bermudas» al «Cuadrilátero constitucional»

Antonino Spadaro
Profesor Ordinario de Derecho Constitucional
Universidad Mediterránea de Reggio Calabria

SUMARIO: 1. LA «JUSTICIA CONSTITUCIONAL» COMO PILAR INDISPENSABLE DEL ESTADO DE DERECHO CONTEMPORÁNEO. 2. DE LA LEGITIMACIÓN MONISTA (*MERA DEMOCRACIA*) A LA LEGITIMACIÓN PLURALISTA DEL PODER (*DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL*): EL RECONOCIMIENTO DE LA EXISTENCIA DE VALORES METADEMOCRÁTICOS. 3. NECESIDAD LÓGICA, JUNTO A LOS ÓRGANOS «POLÍTICOS» DE ELABORACIÓN DE POLÍTICAS (*PODERES*), DE ÓRGANOS «JURÍDICO-CONSTITUCIONALES» DE GARANTÍA (CONTRAPODERES). 4. LA FUNCIÓN HISTÓRICA (NO PERJUDICIAL, SINO RAZONABLEMENTE) *ANTIMAYORITARIA* DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES. 5. DEL «TRIÁNGULO DE LAS BERMUDAS» AL «CUADRILÁTERO CONSTITUCIONAL». LOS 4 FACTORES QUE AFECTAN A LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES: LAS CARTAS, LAS DECISIONES DE LOS TRIBUNALES INTER Y SUPRANACIONALES, LA CONCIENCIA SOCIAL, LA OPINIÓN PÚBLICA. 6. ¿EVOLUCIÓN (O INVOLUCIÓN) DE LA *CONCIENCIA SOCIAL*? LA DIFÍCIL FUNCIÓN «EQUILIBRADORA» DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES. EL *SOLEN* DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES: NO SÓLO «TÉCNICOS», SINO «SABIOS».

1. LA «JUSTICIA CONSTITUCIONAL» COMO PILAR INDISPENSABLE DEL ESTADO DE DERECHO CONTEMPORÁNEO

Las observaciones que siguen son —*melius*: deberían ser— consideradas como «elementales», incluso me atrevería a decir que «se dan por supuestas». Desgraciadamente, sin embargo, al igual que existen (junto a las evoluciones) involuciones *sociales*, también existen (junto a las evoluciones) involuciones *doctrinales*, y a menudo estas últimas son consecuencias inevitables de las primeras. Es precisamente el difícil contexto social y jurídico actual —propio de un mundo en permanente transición— el que explica, y en mi opinión justifica sobradamente, las razones por las que existen las Constituciones y, por extensión, los Tribunales Constitucionales. Tales razones explican el sentido de estos órganos fundamentales «en el sistema constitucional» y —sobre todo ante el riesgo de que *las democracias liberales* se conviertan en democracias iliberales o, peor aún, en *democraturas*— deberían ser ya incontrovertibles, pero evidentemente no lo son, al menos no para todos.

La introducción de la «justicia constitucional» —en todas sus formas: revisión centralizada, difusa o mixta— representa un momento decisivo en la evolución del Estado contemporáneo. Creo que puede afirmarse que un sistema jurídico liberal-democrático, y por tanto un Estado constitucional, no podría calificarse como tal hoy en día en ausencia del control de constitucionalidad. De hecho, el control de constitucionalidad —la llamada justicia constitucional— es uno de los pilares que caracterizan al Estado constitucional, hasta el punto de que —en su ausencia o incluso en su deficiencia— el Estado no puede ser calificado como una democracia constitucional, sino si acaso (como he dicho) como una democracia iliberal o, peor aún, una *democratura*[1]. Es también por esta razón que el Estado «constitucional» contemporáneo aparece a menudo como un Estado «jurisdiccional» (*Verfassung und Richterrecht*), recibiendo por ello a menudo —con el temor de que se borre «toda frontera entre jurisdicción y legislación»— críticas feroces y poco generosas. Por el contrario, la presencia de tribunales constitucionales «operativos» parece ahora indispensable para la supervivencia de las cons-

1. La frase entrecomillada es de Massimo LUCIANI, *Diritto penale e Costituzione*, en *Diritto penale contemporaneo*, 2018, 3 ss. Pero véase también *id.*, *Positivitȁ, metapositivitȁ e parapositivitȁ dei diritti fondamentali*, en AA.VV., *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, editado por Giuditta Brunelli, Andrea Pugiotto y Paolo Veronesi, vol. V, Nápoles, Jovene, 2009, vol. II. III, 2009, 1055 y ss. Entre otros, para todos, ahora Andrea MORRONE, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, en *Federalismi.it.*, 12/2021. De hecho, el miedo al «Estado jurisdiccional» —hoy muy temido incluso en Italia— es antiguo y está muy extendido.

tituciones democráticas liberales. Casi se podría decir: *simul stabunt simul cadent*.

En definitiva, más allá de las perplejidades que a veces se expresan sobre ciertos (supuestos) excesos jurisprudenciales, hoy podemos decir con certeza que sin verdadera justicia constitucional —que realmente funcione: por tanto, con jueces competentes e independientes— no hay verdadero Estado constitucional[2]. Si se cuestiona este concepto elemental, se acaba, tal vez sin querer, alimentando la confusión que desgraciadamente persiste en este campo (esencialmente por parte de los doctrinarios a los que les cuesta aceptar que exista algo más importante que la tradicional «supremacía parlamentaria», en la que en la práctica se sustancia el principio de «soberanía popular»).

No es casualidad que en muchos países (Hungría, Polonia, Israel, EE.UU., pero también Inglaterra, donde la justicia constitucional es todavía una institución *naciente*) los tribunales constitucionales sean —ahora más que nunca— duramente atacados y a menudo deslegitimados. ¿Por qué? Probablemente porque no son tanto las democracias como las democracias constitucionales las que están en crisis. De hecho, es la idea misma de democracia constitucional la que está en tela de juicio. Permítanme, pues, que me detenga unos minutos en este concepto elemental, estructural,

---

Para todos, con diferentes tesis y acentos: Èdouard LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitut ionnalité des lois* (1921), cit.; Carl SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung* (Berlín, 1931), trad. it., Milano, Giuffré, 1981, 41 y ss, quien célebremente impugna, por cierto, «no una juridificación de la política, sino una politización de la jurisdicción»; de acuerdo con Ernst FORSTHOFF, *Rechtsstaat oder Richterstaat?* (München 1970), ahora en *id.*, *Rechtsstaat im Wandel* (München, 1976), trad. en Alessandro MANGIA, *L'ultimo Forsthoff*, Padua, Cedam, 1995, 81 y ss.; Luigi LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milán, Giuffré, 1967; Marcello CAPURSO, *I giudici della Repubblica. Giudici soggetti alla legge o giudici di fronte alla legge?*, Milán, EdC, 1977; Mauro CAPPELLETTI, *Giudici legislatori*?, Milán, Giuffré, 1984; sobre todo, Robert H. BORK, *Coercing Virtue. The Worldwide Rule of Judges*, Washington DC 2003, trad. it. Macerata, Liberilibri, 2006; Luigi FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, Mucchi, 2018; Enrico DICIOTTI, *Le attività creativa dei giudici*, Módena, Mucchi, 2022; AA.VV., *¿Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?*, editado por C. Padula, Nápoles, ES, 2022; Paolo BONINI, *Il giudice e la legge. Contributo sulla funzione «paralegislativa» dei giudici*, Nápoles, ES, 2022; Sabino CASSESE, *Il governo dei giudici*, Roma-Bari, Laterza, 2022 e *id.*, *Le strutture del potere*, Roma-Bari, Laterza, 2023; Fabio SAITTA, *Interprete senza spartito. Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, ES, 2023.

2. Un modelo de este enfoque monista —que atribuye todos los componentes del «sistema constitucional» exclusivamente a la soberanía popular— es, por ejemplo, el reciente volumen de Laura BUFFONI, *Valore di legge*, Turín, Giappichelli, 2023, XVI y ss., 360 y ss. pero véase *passim*.

básico, cuya definición, sin embargo, es necesaria para entender la función de los tribunales constitucionales en el sistema constitucional.

2. DE LA LEGITIMACIÓN MONISTA (*MERA DEMOCRACIA*) A LA LEGITIMACIÓN PLURALISTA DEL PODER (*DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL*): EL RECONOCIMIENTO DE LA EXISTENCIA DE VALORES METADEMOCRÁTICOS

En el lenguaje corriente, la palabra «democracia» adquiere un valor positivo superior y mucho más amplio que su alcance semántico real. A la inversa, hay que decir sin pelos en la lengua que la mera democracia es esencialmente sólo un procedimiento, es decir, un régimen político basado en el mero principio mayoritario, y sabemos muy bien que la *pars major* no es siempre la *pars melior*. Por lo tanto, en los regímenes constitucionales, la democracia —como mero procedimiento democrático— está «atemperada» por principios liberales y personalistas. Esto significa que la democracia por sí sola ya no es suficiente, en realidad nunca lo ha sido: se necesitan garantías y controles legales «constitucionales»[3]. De hecho, en tales formas liberal-democráticas de Estado (o regímenes), la democracia —es decir, el llamado poder soberano del pueblo— se autolimita a través de la Constitución: es la famosa «cláusula Ulises» de la que hablan, aparte de mí, J. Elster y J. Finnis, por ejemplo. Además, como todos sabemos, el artículo 16 de la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789 ya recordaba que «Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution». Esta afirmación es ya de por sí muy importante, pero por sí sola no basta para lograr un Estado de Derecho constitucional maduro. En efecto, aunque es evidente que el marco jurídico fundamental de un sistema sin «derechos» ni «separación» entre poderes no puede llamarse «Constitución», sólo con la introducción de la justicia constitucional se pone realmente en práctica esta afirmación, ya que se crean los instrumentos, las técnicas y los órganos que garantizan *concretamente* precisamente estos derechos y la separación entre poderes.

3. Cf. spec. John FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, vol. 2, New York University Press, 1991, 154 y ss. y John ELSTER, *Ulysses Unbound. Studies in Rationality Precommitment and Constraints* (Cambridge 2000), Bolonia, Il Mulino, 2004. Si se prefiere, véase también mi artículo: *L'idea di Costituzione fra letteratura, botanica e geometria. Ovvero: sei diverse concezioni «geometriche» dell'«albero» della Costituzione e un'unica, identica «clausola d'Ulisse»*, en AA.VV., *La Constitución española en el contexto del constitucionalismo europeo*, editado por F. Fernández Segado, Madrid, Ed. Dikinson, 2003, 169 y ss. y en *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, núm. 6/2005, 119 y ss.

Y es por ello que (no la mera democracia, sino) la democracia constitucional constituye, como es bien sabido, un sistema de poderes y contrapoderes, *checks and balances*, controles y contrapesos, en el que no impera *el monismo* constitucional, es decir, el único principio democrático: la soberanía popular, sino, por el contrario, el *pluralismo* constitucional[4]. Esto significa que, en este orden estatal evolucionado, existe una pluralidad de fuentes de legitimación del poder. Más concretamente, al menos tres[5]. Una *desde abajo*, o derivada de la «soberanía popular» —y en este caso hablamos de *reserva de* ley—, pero también dos *desde arriba*: la legitimación «*científica*» (y hablamos de *reserva de ciencia*) y, por último, pero no por ello menos importante, la legitimación «constitucional»[6]. Sólo la coexistencia pluralista de estas tres legitimaciones diferentes hace posible el milagro (imperfecto, pero milagro al fin y al cabo) del régimen liberal-democrático y da nacimiento a un verdadero «sistema constitucional»[7][8]. En particular, la legitimidad «constitucional» supone el reconocimiento de una reserva a favor de valores constitucionales meta-democráticos superiores, como los define Ota Weinberger, o de carácter ultra o super-epocrático, o «indisponible» como diría Luigi Ferrajoli, que habla de una esfera de lo indisponible o «no decidible», por tanto una esfera sustraída a la voluntad del pueblo, que en su día se

4. También para otras indicaciones bibl. remito a mi *Le evolutions contemporaines de l'État de droit*, en *Lo Stato,* núm. 8/2017, 139 ss. (versión italiana del ensayo *Les évolutions contemporaines de l'État de droit*, publicado en *Civitas Europa*, *Revue semestrielle de l'Université de Lorraine*, 2/2017, n. 37, 95 ss.). Véase también Maurizio FIORAVANTI, *Stato costituzionale in trasformazione*, Módena, Mucchi, 2021.

5. La importancia de las llamadas micro-verdades científicas se confirma precisamente por la *autocontención* mostrada por los tribunales constitucionales frente a ellas. Entre otros, Stefano CECCANTI (*Scienza e politica dopo la pandemia: «chi» decide «cosa»*, en *Federalismi.it*, n. 3/2022, 1 ss.) habla explícitamente de la existencia —junto a la «reserva de ley» y la «jurisdicción»— también de una especie de «reserva de ciencia». Para Italia, véanse, por ejemplo, las Const. sentt. n.º 282/2002; 151/2009 (punto 6.1 del cons. in dir.); y 5/2018 (punto 8.2.1 del cons. in dir.).

6. Véase mi artículo *Sulle tre forme di «legittimazione» (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo*, en AA.VV., *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, editado por Antonio D'Aloia, Turín, Giappichelli, 2006, 569 y ss. y *Dalla «sovranità» monistica all' «equilibrio» pluralistico di legittimazioni del potere nello Stato costituzionale contemporaneo*, en *Rivista AIC*, n.º 3/2017 (02.08.2017).

7. Cf. Ota WEINBERGER, *Abstimmungslogik und Demokratie*, en *Reform des Rechts. Festschrift zur 200 Jahr-Feier der Rechtswissenschaftlichen Facultät der Universität* Graz, Graz 1979, 605 y ss.; así como *id.*, *Rechtspolitische Istitutionanalyse*, en *Geseztgebunstheorie und Rechtspolitik* (Oplanden 1988), trad. it. en Neil MAC CORMICK – O. WEINBERGER, *Il diritto come istituzione*, Milán, Giuffrè, 1990, espec. 313 ss.

8. Cf. Rodolfo DE STEFANO, *Axiología. Schema di una teoria generale del valore e dei valori*, Reggio Calabria, Laruffa, 1982, ahora en *id.*, *Scritti sul diritto e sulla scienza giuridica*, Milán, Giuffrè, 1990, 353 y ss.

remontó de manera demasiado simplificada a la fórmula insuficiente de los llamados «derechos naturales»[9].

Si entendemos esto, percibiremos cuál es el *significado* profundo de la justicia constitucional y por qué la función *de equilibrio que* los tribunales constitucionales pueden y deben desempeñar en el sistema constitucional es tan indispensable y, al mismo tiempo, tan difícil.

3. NECESIDAD LÓGICA, JUNTO A LOS ÓRGANOS «POLÍTICOS» DE ELABORACIÓN DE POLÍTICAS (*PODERES*), DE ÓRGANOS «JURÍDICO-CONSTITUCIONALES» DE GARANTÍA (CONTRAPODERES)

En el marco, aunque rápidamente descrito más arriba, los tribunales constitucionales son sobre todo órganos llamados a garantizar/custodiar, junto al propio principio democrático por supuesto, precisamente los indiscutibles valores *metademocráticos* antes mencionados. Valores cuya inevitable vaguedad —derivada de la densidad axiológica y de la estructura jurídico-nomológica que los caracteriza (*principios*)— [10] no disminuye su fuerza en lo más mínimo.

Los Tribunales Constitucionales deben interpretar la Constitución tratando ciertamente de tener en cuenta las necesidades e intereses sociales, siempre cambiantes, pero sin «traicionar» la voluntad de los Constituyentes. Si ésta es la función equilibradora de los Tribunales Constitucionales, entonces puede entenderse que la cuestión se reduce esencialmente y se traduce en la creación de una buena hermenéutica jurídico-constitucional, de hecho equilibrada. Esta función de *equilibrio* hace que los tribunales se contengan a veces en el aspecto jurídico-procesal (*autorrestricción*) y a veces se desequilibren en el aspecto político (*activismo judicial*)[11]. En cualquier caso, estos órganos, especialmente el Tribunal italiano —para alegría (o desesperación) de los juristas—, no dudan a menudo en manifestar una gran creatividad en cuanto a las técnicas procesales utilizadas: de advertencia, reductoras, aditivas, aditivas en principio, manipulativas en el tiempo, de aplazamiento a fecha fija, etc., sobre las que no es posible dete-

9. Cf. Luigi FERRAJOLI, *Iura Paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, Nápoles, ES, 2017, 48.
10. Cf., para todos, Domenico FARIAS, *Idealità e indeterminatezza dei princìpi costituzionali*, Milán, Giuffrè, 1981 (recordando sobre este punto la valiosa lección de E. Betti).
11. Para una reconstrucción, con observaciones críticas nada desdeñables, permítaseme referirme a *Involuzione — o evoluzione? — del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, en *Rivista Aic*, n. 2/2023, 103-140. Pero véase también, entre muchos, spec. Claudio PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Nápoles, ESI, 2013.

nerse aquí en detalle. En cualquier caso, renunciando a hipocresías formalistas, hay que reconocer que cualquier decisión *jurídica* del Tribunal tiene inevitablemente una clara reverberación *política* porque el principal «parámetro» que utiliza el Tribunal —la Constitución— no es otra cosa que un intento de legalizar al más alto nivel de fuentes la misma materia política[12]. Esto debe reconocerse, con verdadero realismo jurídico, sin negar los riesgos de politización que siempre corren los órganos de garantía (por tanto, no sólo el Tribunal), pero es necesario tener el valor de admitir que casi siempre ello se debe, al menos en Italia, a la necesidad de compensar subsidiariamente la «inacción» de los órganos de dirección, es decir, del tándem Parlamento/Gobierno.

A decir verdad, la función «general» de garantía ya la desempeña de ordinario el poder judicial (municipal, administrativo, contable...), sobre todo cuando aplica directamente la Constitución o plantea una cuestión de inconstitucionalidad a la Corte Constitucional. Pero, bien mirado, los verdaderos y más importantes órganos «específicos» de control jurídico-constitucional en Italia son al menos dos[13]. Al igual que hay dos órganos de dirección política (Parlamento y Gobierno), también hay dos órganos de garantía: el Presidente de la República (más precisamente el garante del «equilibrio de poderes») y el Tribunal Constitucional (esencialmente el «guardián general» de la Carta). No es exactamente el caso de España, pero subrayo que la existencia de múltiples formas de control (pluralidad de contrapesos) se aplica, al menos tendencialmente, en todas las formas parlamentarias de gobierno. Se trata de una necesidad «lógica» en los sistemas pluralistas, que sólo pueden funcionar realmente si coexisten, diría que simétricamente, órganos de control de autoridad en posición de clara independencia con órganos de decisión.

---

12. Véase mi artículo *Sulla intrinseca «politicità» delle decisioni «giudiziarie» dei tribunali costituzionali contemporanei*, en *Federalismi.it*, n. 5/2017 (8 de marzo de 2017). Gaetano SILVESTRI también observa (*Del rendere giustizia costituzionale*, en *Questione Giustizia*, n. 3/2020, 2) que la Corte debe «invertir la Constitución en el ordenamiento jurídico, sacándola del enrarecido campo de las normas "superprimarias", para convertirla en materia viva [...] Entre un Tribunal que ama la vida tranquila, que gasta su ingenio en encontrar buenas razones para no decidir sobre cuestiones de gran relevancia ético-social, civil y política, y un Tribunal que se esfuerza —¡incluso excediéndose, a veces!— por no frustrar las expectativas de justicia de los ciudadanos que confiados acuden a él, prefiero claramente este último».

13. Cfr. *Storia di un «consolato» di garanzia: il* Presidente-garante *e la* Corte-custode *a cinquant anni dall'inizio dell'attività della Consulta*, en AA.VV., *La refininizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, editado por Antonio Ruggeri, Nápoles, ESI, 2006, 597 ss. Entre otros, recuerdo también a Federica FABRIZZI, *La Corte costituzionale giudice dell'equilibrio tra i poteri*, Turín, Giappichelli, 2019.

En cualquier caso, cualquiera que sea la forma de gobierno, en todas las formas de Estado liberal-democráticas —es decir, en los Estados, repito, no simplemente democráticos, sino en las democracias constitucionales, como Italia y España— los órganos de garantía, los controladores que se enfrentan a los decisores, los contrapoderes que se enfrentan a los poderes, siguen siendo esencialmente, en primer lugar y en última instancia, los tribunales constitucionales.

4. LA FUNCIÓN HISTÓRICA (NO PERJUDICIAL, SINO RAZONABLEMENTE) *ANTIMAYORITARIA* DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

En los diversos sistemas liberal-democráticos, los tribunales constitucionales desempeñan obviamente múltiples funciones (juzgar los delitos presidenciales, resolver los conflictos entre poderes y entre entidades, controlar la admisibilidad de los referendos y/o la constitucionalidad de los partidos, etc.), pero por su naturaleza intrínseca tienen sobre todo una imprescindible función «común» que no es *prejuiciosamente antimayoritaria*, sino *razonablemente contramayoritaria*: en la práctica, los Tribunales no deben *a priori* situarse en oposición a la mayoría parlamentaria, sino que deben defender siempre los derechos de las minorías frente al poder avasallador de la mayoría democrática, garantizando en el peor de los casos a las minorías al menos el derecho a la objeción de conciencia. Y es precisamente esto lo que hace que los Estados constitucionales (democrático-liberales y personalistas) sean ontológicamente diferentes de «otros» tipos de Estado (democracias iliberales, democracias o, peor aún, órdenes autoritarios y/o totalitarios)[14].

14. Cf., por todos, si hemos entendido correctamente su pensamiento, Bruce ACKERMAN, *We, The People*, I, *Foundations*, Cambridge 1991, sobre el que ya se ha pronunciado críticamente, entre otros, Antonino SPADARO, *Una Corte per la Costituzione (Nota sull'originaria e prioritaria funzione della Corte costituzionale)*, en AA.VV., *Studi in onore di Paolo Biscaretti di Ruffia*, tomo II, Giuffrè, Milán 1987, 1245 y 1264 ss. Pero véase también Antonio RUGGERI – Antonino SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 6.ª ed., Turín, Giappichelli, 2022, espec. 20 ss. A decir verdad, el último Ackerman parece más moderado. Me refiero a *Constituciones revolucionarias. Charismatic Leadership and the Rule of Law*, Harvard University Press, 2019, donde —al hablar de revolución constitucional— exalta sabiamente, no a los maximalistas, sino a las figuras «reformistas» de Nelson Mandela, Jawaharlal Nehru, Alcide De Gasperi, Charles De Gaulle y Lec Walesa. Sobre este punto, véase Nicolò ZANON, *Some Remarks on Bruce Ackerman's «The rise of World Constitutionalism. Volume one: Revolutionary Constitutionalism: Charismatic Leadership»*, en *Quad. Const.* (octubre de 2018) y Diletta TEGA, *The Constitution of the Italian Republic: Not revolution, but principled liberation*, en *International Journal of Constitutional Law*, volumen 17, número 2, 2019, 690 y ss.

En contra de lo argumentado por una parte de la doctrina, que ve a los tribunales constitucionales como instrumentos para la progresiva «adaptación» de las constituciones a la voluntad popular a medida que ésta evoluciona en el tiempo, desde un punto de vista teórico, creo/argumento que en los Estados de derecho, por tanto en las democracias constitucionales, los tribunales constitucionales no tienen por qué perseguir la voluntad popular (*¿a dónde vas Vicente? ¡a dónde va la gente!*), sino que tienen esencialmente las dos funciones prioritarias o básicas mencionadas:

1) salvaguardar, junto al principio democrático, los valores metademocráticos indisponibles y,

2) Garantizar los derechos de las minorías.

Para desempeñar realmente estas dos arduas y complejas funciones, los tribunales deben ser independientes y, sobre todo, independientes de todos los demás poderes del Estado. ¿Cómo?[15] Por ejemplo, disponiendo que los jueces sean personas especialmente cualificadas jurídicamente —aunque, lo diré mejor dentro de un momento, esto no basta—, sometiéndolos a la elección de «más» poderes del Estado (a los que, sin embargo, no deben estar vinculados) y garantizándoles un buen sueldo y un largo mandato.

Esto es en teoría. En la práctica, ¿qué ocurre?

5. DEL «TRIÁNGULO DE LAS BERMUDAS» AL «CUADRILÁTERO CONSTITUCIONAL». LOS 4 FACTORES QUE AFECTAN A LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES: LAS CARTAS, LAS DECISIONES DE LOS TRIBUNALES INTER Y SUPRANACIONALES, LA CONCIENCIA SOCIAL, LA OPINIÓN PÚBLICA

Concedido (y no concedido) que los jueces sean o consigan siempre mantener su independencia, desgraciadamente desde un punto de vista práctico-operativo, los tribunales constitucionales, especialmente hasta mediados del siglo pasado, lidiaban con una especie de diabólico «triángulo de las Bermudas». Luchaban, en definitiva, con tres factores diferentes, que

15. Sobre este tema recomiendo, entre otros, el volumen de Alessia FUSCO, *L'indipendenza dei giudici*, Napoli, Es, 2019. No es indispensable para la *independencia* de los jueces —de hecho, en opinión de muchos, en contraste con ella— es la institución de *concurrig* y *dissentig opinión*, la introducción de los cuales, en Italia, en mi opinión, sin embargo, podría hacer que el trabajo del cuerpo más transparente, siempre que no en las formas indirectas ahora ofrecidos por el ex juez Nicolò ZANON, *Le opinioni dissenzienti in Corte costituzionale*, Bolonia, Zanichelli, 2024. Una bibliografía. más completa sobre el punto en Antonio RUGGERI – Antonino SPADARO, *op. cit*., 57 y 336.

a veces chocaban entre sí: 1) la Carta, es decir, el parámetro constitucional; 2) la conciencia social; y 3) la opinión pública. Estas tres cosas son diferentes y constituyen metafóricamente el «Triángulo de las Bermudas» en el que los Tribunales se debatían (y en cierta medida aún se debaten). Permítanme decir desde el principio lo que «convencionalmente» entiendo por estos tres términos, para que no se me malinterprete.

En pocas palabras, una *constitución* puede considerarse el acto jurídico supremo (*leges legum*, *norma normans*) que tutela jurídica y tendencialmente el sistema de valores fundamentales de una sociedad de forma estable en el tiempo. De ordinario, estos valores, a menudo expresados en forma de principios, se consagran en una fuente escrita superprimaria «rígida» y, como se ha dicho, son esencialmente los de la democracia liberal personalista.

En cuanto a *la opinión pública*, es un término que evoca un sentimiento popular generalizado pero temporal, ocasional, contingente, continuamente mutable porque es *emocional* o *emotivista*: no es casualidad que las *encuestas* constituyan un termómetro fácil de la misma[16]. En la lengua italiana, la fragilidad/volatilidad del concepto de opinión pública se capta, por ejemplo, en el adjetivo, que tiene la misma raíz, de «opinable».

La conciencia social, en cambio, es un concepto que indica la percepción colectiva, madurada y consolidada a lo largo del tiempo, de un «interés» social que se ha convertido en un «valor» social reconocido, porque es ciertamente aceptado, si no por unanimidad, sí por la más amplia mayoría de los ciudadanos de un Estado. A diferencia de la opinión pública —que es esquiva, ambigua e inestable—, la conciencia social es sólida, clara y tiende a ser estable. Precisamente por esta razón —y de nuevo en contraste con un mero deseo/voluntad procedente de la opinión pública— un valor común y establecido, reconocido por la conciencia social, *puede* ser considerado por el Tribunal como *posiblemente* merecedor de protección constitucional.

La distinción entre *opinión pública* y *conciencia social* puede no parecer obvia para algunos. Tampoco es fácil (aunque no imposible) medirla razonablemente. Pero, en opinión de quien esto escribe, es esencial tratar de no

16. En la vasta bibliografía (no sólo jurídica) sobre el tema, sólo señalaría: AA.VV., *Potere e opinione pubblica. Gli organi costituzionali dinanzi alle sfide del web*, editado por D. Chinni, Nápoles, ES, 2019 y Antonio RUGGERI, *Corte costituzionale e pubblica opinione (note minime su una questione di cruciale rilievo ad oggi insoddisfacentemente risoluta)*, en *Forum di Quad. cost*., 1, 2023, 28 ss.

confundir ambos conceptos[17]. Además, la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional hace ahora un uso significativo, aunque no sea explícitamente «convencional», del término «*conciencia social*», que —aunque obviamente no califica como «parámetro»— es ciertamente un «argumento» que los jueces ya no pueden ignorar y que la doctrina, en consecuencia, examina como un hecho «jurisprudencial» que necesariamente debe ser tenido en cuenta.

Los Tribunales Constitucionales, en teoría y en abstracto, deberían tener en cuenta «sólo» el parámetro constitucional —es decir, sólo deberían tener la Constitución como «faro»—, pero la Constitución no es algo estático e inmóvil, ya que debe ser continuamente interpretada: una buena hermenéutica constitucional, antes mencionada, debe ciertamente respetar la *intención original de* los constituyentes, pero debe rechazar el enfoque del originalísimo más retrógrado (*textualismo*). Incluso el actual Presidente del Tribunal, A. Barbera —aunque descarta «una frágil constitución "guardiana"»[18]— recuerda la necesidad de «opciones que requieren necesariamente una lectura de los parámetros constitucionales que no sea estrictamente textual, "no originalista"». Una buena hermenéutica constitucional, en definitiva, no debe temer la interpretación evolutiva, sin caer por ello en el relativismo ligado a la moda del deconstruccionismo hermenéutico, que acaba degenerando en derecho libre (*Freie Recht*). Por ejemplo, aunque la Constitución italiana no hable de Internet, debemos «leer» la libertad de manifestación del pensamiento del artículo 21 de la Constitución también

17. La jurisprudencia constitucional habla tan pronto de «conciencia ética de la nación italiana» (nos. 125/1957), como de «conciencia del pueblo italiano» (nos. 58/1960, 64/1961) o de «conciencia colectiva» (nos. 126/1968) o, finalmente, de «conciencia social» (nos. 76/1971). Véanse también los nos. 110/1962; 115/1964; 42/1965. Salvo error, el término está presente en un centenar de decisiones. Entre las más recientes: núms. 84-286/2016, 265-272/2017, 112/2018, 221/2019, 230/2020, 1-41-79-131/2022, etc., en las que el término «conciencia» va siempre acompañado de adjetivos como «madura», «arraigada», «extendida», pues de lo contrario la cuestión de inconstitucionalidad se considera inadmisible. Sobre este punto, entre otros, véase: Antonello CIERVO, *Il giudice delle leggi e i mutamenti della coscienza sociale: un ragguaglio critico della giurisprudenza della Corte costituzionale*, en *Pol. Dir.*, n. 4/2019, 523 ss.; Valeria MARCENÒ, *Il Giudice delle leggi in ascolto. Coscienza sociale e giurisprudenza costituzionale*, en *Quad. cost*., núm. 2/2021, 377 ss.; Daniele PICCIONE, *Effettività costituzionale e coscienza collettiva*, Modena, Mucchi, 2021, spec. 45 ss.; Quirino CAMERLENGO, *Costituzione e coscienza sociale: il contributo della teoria del* nudge, en *Lo Stato*, n. 21/2023, 11 ss., quien también subraya oportunamente la función de la «Constitución como "estimuladora" de la conciencia social», hablando de «empujes suaves» y de «paternalismo libertario» (*en la misma* bibl.).

18. *Relazione del Presidente della Corte costituzionale Professore Augusto Antonio Barbera*, Roma, 18 de marzo de 2024, 12.

como el derecho a acceder a Internet, pero desde luego no podemos hacer decir a los constituyentes lo que presumiblemente nunca «quisieron» decir.

La interpretación constitucional, por tanto, no puede ser rotundamente conservadora, ni ciegamente evolucionista, sino que —como se ha recordado— debe ser precisamente equilibradora-moderadora. Exactamente como el Estado constitucional, en tanto que Estado *laico* [Estado aconfesional para nuestros amigos españoles, que no distinguen entre laicidad y laicismo, hablando sólo de *laicismo*] constituye un razonable entrelazamiento entre valores/principios imperantes del pasado e intereses sociales acuciantes del presente, Así, en las sociedades globalizadas contemporáneas de hoy, toda comunidad social que tienda a tener una identidad (nacional) está llamada a hacerse multiétnica, multirreligiosa, en definitiva, intercultural (o, si se prefiere, *transcultural*), sin renunciar a su propia identidad nacional, a cuya formación, sin embargo, contribuyen también otras minorías culturales, religiosas, étnicas, etc[19].

Lo anterior también ayuda a entender por qué la Constitución puede definirse no sólo como un «acto» preciso en el tiempo (la Carta escrita), sino también como un «proceso» histórico mucho más complejo[20]. Y esto explica también la dificilísima —lamentablemente nunca perfecta, pero siempre necesaria— función equilibradora de los Tribunales Constitucionales.

Los Tribunales, para operar bien en el «triángulo de las Bermudas» antes mencionado sin dispersarse, deben ignorar totalmente las exigencias (los caprichos siempre cambiantes y contingentes) de la opinión pública, que por definición puede ser manipulada[21]. En cambio, no pueden ignorar las exigencias de una conciencia social que ha consolidado con el tiempo la conciencia de nuevos derechos o, en todo caso, de situaciones jurídicas subjetivas, expresamente no previstas por el texto de la Carta, pero merecedoras, no obstante, de protección constitucional. De hecho, aceptar las exi-

19. Sobre este punto me remito a *La Costituzione come «meta-etica» pubblica laica: la felice risposta del diritto costituzionale alla questione dell'interculturalismo*, en AA.VV., *Scritti in memoria di Gladio Gemma*, Turín, Giappichelli, 2023, 753 ss. Sobre el uso a veces ambiguo del concepto de Nación, me remito a *Italia, Patria, Nazione, Paese, Stato, Repubblica: il soggetto è lo stesso, ma i termini sono «sempre» fungibili, ossia sinonimi in senso stretto...*, en *federalismi.it*, n.º 8/2023, 5 de abril de 2023, 103 ss.

20. Me remito *Dalla Costituzione come «atto» (puntuale nel tempo) alla Costituzione come «processo» (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, en *Quad. const.*, n.º 3/1998, 343 y ss.

21. Si, por ejemplo, inmediatamente después de la violación de un menor por un pederasta, se realizara una encuesta en la que se preguntara a los ciudadanos si estaban a favor de la pena de muerte en tales casos, no puede descartarse que la mayoría de los encuestados, presa de la emoción del momento, respondiera afirmativamente, en flagrante desprecio de los valores constitucionales (art. 27, 4.º c., Const.).

gencias de la conciencia social —por supuesto: si son compatibles con la Carta Constitucional— no equivale a favorecer el populismo, como ocurriría si un Tribunal cediera a las presiones de la opinión pública[22]. Por tanto, los Tribunales deben inspirarse siempre en el faro de las Cartas —es decir, como diría *Böckenförde*, en el texto «escrito» de las Constituciones—, teniendo en cuenta no la opinión pública más o menos mayoritaria, sino la conciencia social madura que evoluciona y se consolida.

Dicho esto, la situación actual es que los tribunales —al menos los tribunales constitucionales europeos— no están hoy *atrapados* en el simplemente mencionado «Triángulo de las Bermudas», sino que se mueven y operan en lo que podríamos llamar, con otra metáfora, más bien un «cuadrilátero constitucional». En efecto, a los tres mencionados hay que añadir un factor más, y decisivo, que los tribunales no pueden dejar de tener en cuenta: la cada vez más creciente, en cantidad y calidad, jurisprudencia de los tribunales inter y supranacionales. Sin ignorar la relevancia, no siempre de *soft law*, de las decisiones de órganos judiciales de importancia aún mayor, por tanto, mundial (piénsese en la *Corte Penal Internacional* de La Haya), me refiero, sobre todo y obviamente, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de Luxemburgo y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de Estrasburgo[23]. La relevancia jurídica de estos dos foros es realmente grande y ya incuestionable, afectando profundamente a la jurisprudencia constitucional de cada uno de los países europeos, especialmente de los 27 miembros de la UE[24].

Si además se produjera un aumento significativo de la influencia *recíproca* de las decisiones de cada uno de los tribunales constitucionales, con referencias explícitas a la jurisprudencia de los demás, no puede descartarse, por último, que en un futuro próximo podamos hablar no tanto de un «cuadrilátero» como de un «pentágono» constitucional que fije los límites

22. Para una reconstrucción del pensamiento de este gran estudioso alemán, me remito a *Rileggendo E.–W. Böckenförde su potere costituente e interpretazione costituzionale*, en *federalismi.it*, no.16/2021 (30 de junio de 2021), 208 ss.

23. También aquí, aparte de la obviamente vasta jurisprudencia, la doctrina es prácticamente inmensa. En el *mare magnum de* los escritos, elijo mencionar sólo el bello volumen de Simona POLIMENI, *Controlimiti ed identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del «dialogo» tra le Corti*, Nápoles, ES, 2018.

24. La decisión del Tribunal italiano sobre el caso Cappato (n. 242/2019) es emblemática entre todas ellas, también por su referencia a las decisiones similares de los Tribunales Supremos de Canadá, el Reino Unido y los Estados Unidos de América. Sobre la comparación como «quinto canon interpretativo propio de la jurisprudencia constitucional», véase ANTONIO RUGGERI – ANTONINO SPADARO, *op. cit*., espec. 35 (ibid.) y, ahora, Antonino SPADARO, *Non violenza e Costituzione. Lezioni di «Dottrina dello Stato»*, Turín, Giappichelli, 2024, spec.19.

dentro de los cuales se mueven los tribunales contemporáneos del Viejo Continente. Por ahora, sólo hay indicios significativos, aunque sólo en forma inicial: el que viva, verá.

6. ¿EVOLUCIÓN (O INVOLUCIÓN) DE LA *CONCIENCIA SOCIAL*? LA DIFÍCIL FUNCIÓN «EQUILIBRADORA» DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES. EL *SOLEN* DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES: NO SÓLO «TÉCNICOS», SINO «SABIOS»

He mencionado antes la importancia del factor «conciencia social» en la hermenéutica constitucional. Desgraciadamente, sin embargo, incluso cuando este factor no se confunde con el factor (en mi opinión, jurídicamente insignificante) de la «opinión pública», no siempre se puede hablar de una *evolución de la* «conciencia social»[25]. A veces, en sociedades cada vez más líquidas y hedonistas como la nuestra, se puede más bien asistir al fenómeno de una *involución de la* conciencia social: basta pensar en una conciencia social consolidada, pero no madura, que sólo ve las ventajas del progreso de la citología, o de la ciencia celular, olvidando los enormes riesgos asociados de la eugenesia. Pero no vacilo en ser provocador: piénsese también en la muy reciente introducción en la Constitución francesa de la «libertad de aborto», que constituye —en mi humilde opinión— la expresión no de una evolución, sino si acaso de una involución social, dado que ya existía en Francia una más que adecuada regulación legislativa de la interrupción del embarazo[26]. Sin embargo, hay que reconocer honestamente que la decisión de modificar la Constitución francesa no obedece, o así me lo parece, a la aceptación del capricho de una opinión pública cambiante, sino a la correcta transposición de una conciencia social clara y consolidada presente en ese país.

En cualquier caso, jurídicamente hablando, la conciencia social —evolucionada o involucionada— no puede ser ignorada por un Tribunal Constitucional, que, salvo que contradiga claramente la Constitución escrita, deberá tenerla en cuenta. Por ello, la tarea de los Tribunales Constitucionales es verdaderamente ardua y la función de equilibrio hermenéutico

25. Cf. spec. Zygmunt BAUMAN, *Communitas. Uguali e diversi nella società liquida*, Reggio Emilia, Aliberti, 2013.

26. Aunque sea expresión de un planteamiento no compartido por mí y por muchos otros (pienso, por citar figuras mucho más autorizadas, en Norberto Bobbio y Pier Paolo Pasolini) que —si bien consideran absolutamente necesaria, por tanto, imprescindible, una regulación legal de la interrupción del embarazo— no hacen del aborto un *derecho fundamental*, que sigue siendo un fenómeno sufrido y controvertido. He expresado mi opinión en *Il «concepito»: questo sconosciuto...*, en *Biolaw Journal – Rivista di BioDiritto, Special Issue*, núm. 2/2019, 419 y ss.

—es decir, simultáneamente conservación y actualización— que les corresponde es extremadamente difícil. De ahí que los Tribunales deban estar compuestos *no sólo por* técnicos, juristas expertos, *sino* por «*gente sabia*» *(no sólo técnicos, sino gente sabia*). En efecto, existe una *auctoritas que* deriva de la «competencia profesional», y ésta puede garantizarse mediante la adopción de requisitos formales precisos para el acceso al cargo de juez constitucional («juristas expertos» como profesores universitarios, abogados, etc.), pero existe también una *auctoritas que* podríamos definir como «ética» y que tiene orígenes más profundos (la sabiduría *como* conocimiento orientado al bien), sin duda más escasa y, reconozcámoslo, mucho más difícil de valorar a través de simples requisitos técnico-profesionales[27]. Por impracticable y, por tanto, ingenua que pueda parecer la perspectiva que aquí se plantea, estoy convencido de que el *sollen* de los jueces constitucionales no es ser meros «intelectuales especialistas» (es decir, poseer excelentes competencias técnico-profesionales: esto, más allá de la posesión formal de los requisitos exigidos, no se da en absoluto por descontado), sino también ser «intelectuales generalistas», lo que presupone casi siempre una sensibilidad y una sabiduría ética fuera de lo común.

En conclusión, creo que puede decirse que cada vez más —en sociedades multiétnicas y multiculturales, como son ahora las nuestras (italianas y españolas, pero occidentales en general)— los Tribunales no deben tener miedo a lo nuevo, pero al mismo tiempo deben ser factores de estabilidad, capaces de establecer puntos fijos. En esto les puede ayudar la conciencia de su original y doble función básica: como ya se ha dicho, custodiar los valores indisponibles del sistema y proteger a las minorías en un sentido razonablemente contramayoritario. Para desempeñar adecuadamente estas funciones, de hecho, no basta con tener competencias técnico-profesionales formales, que son indispensables. También se necesitan requisitos éticos (y una amplia cultura general) mucho más raros y relevantes.

En resumen, los tribunales constitucionales deberían ser un «aerópago de la razón». Lo que significa esta fórmula — «aerópago de la razón»— no es fácil de explicar. Sin embargo, puedo decir que todos los ciudadanos, y

27. Sobre la conocida distinción, ya de Jean Paul Sartre, entre *intelectual especialista* e *intelectual generalista*, véase, por todos, Talcott PARSON [con Gerald M. PLATT, *The American University*, Cambridge (Mass.), 1973] y Domenico FARIAS, *op. cit*., 330, spec. nt. 41. No se puede descartar que, en algunos casos, se pase de un saber especializado, o «técnico», incluso a un «tecnicismo»: cf. Roberto BIN, *La sostituzione dei giuristi con tecnici: i cambiamenti indotti nella pubblica amministrazione*, en *Consulta online*, I, 2024, 280 ss. Para más información sobre la «sabiduría» como tipo particular de conocimiento, me remito a mi trabajo *Potere globale*, en AA.VV., *Potere e Costituzione – Enciclopedia del diritto*, editado por Marta Cartabia y Marco Ruotolo, Milán, Giuffrè, 2023, 724 y ss., pero espec. 743 y ss.

con mayor razón los que desempeñan el delicadísimo cargo institucional de juez constitucional, deben ser llamados constantemente al diálogo intercultural. Por diálogo intercultural no entiendo algo que pretenda compromisos bajos, o sincretismos infructuosos, sino una paciente y continua actividad de «mediación cultural»: un terreno difícil pero ineludible y en el que se confrontan —nótese bien— argumentos no de fe, sino sólo racionales y éticos.

A este respecto, debemos aceptar que a veces —en el Estado constitucional laico— el punto de vista de una confesión religiosa (por ejemplo, la católica, frente a la mayoría de los ciudadanos) es inevitablemente minoritario: pienso en el aborto o la eutanasia, inaceptables para muchos (o aceptables sólo en determinadas condiciones), pero no para todos. Por tanto, hay que tener cuidado de no suponer que el punto de vista de una confesión religiosa, por relevante que sea históricamente, coincide necesariamente con la conciencia social mayoritaria. Si bien es cierto que existen valores indiscutibles, no lo es menos que, por definición, suelen ser indeterminados y que su determinación concreta no es fácil, es más, casi siempre es controvertida. En este marco, a diferencia de una opinión pública cambiante y contingente, la relevancia jurídica de una conciencia social asentada no puede ser ignorada, e ignorar sus exigencias podría equivaler a *soslayar* irrazonablemente el propio principio jurídico-democrático. Se requiere, por tanto, mucho equilibrio, mucha sabiduría y mucha prudencia, cualidades que no son sólo «técnicas» y que no por casualidad deberían caracterizar siempre a la jurisprudencia, especialmente a la constitucional.

Pero es precisamente en estos casos límite, a menudo unidos por la fórmula genérica de la cuestión política, donde emerge la función mínima/básica de los Tribunales Constitucionales, a través del reconocimiento al menos —¡repito al menos! — del derecho a la objeción de conciencia. Será poco, pero es esencial para que funcione un «sistema constitucional» en el sentido liberal-democrático.

Por último, supongo que muchos estudiosos, incluido quien esto escribe, desearían que los tribunales constitucionales, como «aerópago de la razón», estuvieran de hecho incluso inspirados por el Espíritu Santo. Pero esto no podemos imponerlo, sólo podemos desearlo.

Parte II

Algunos problemas que afectan a la independencia del Tribunal Constitucional

Capítulo 3

Independencia, imparcialidad y neutralidad del juez constitucional. Un ensayo de caracterización

Cecilia Rosado Villaverde
Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional
Universidad Rey Juan Carlos[1]

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL JUEZ CONSTITUCIONAL COMO GARANTE DEL ESTADO CONSTITUCIONAL. *2.1. La independencia como factor externo de los jueces constitucionales. 2.2. La imparcialidad y la neutralidad: factores internos del juez constitucional.* 3. LA TRANSPARENCIA EN EL PROCESO DE CONFIRMACIÓN DE LA IDONEIDAD DEL CANDIDATO A JUEZ CONSTITUCIONAL: UNA APROXIMACIÓN COMPARADA. *3.1. La participación de los tres poderes del Estado en la elección del juez constitucional. 3.2. La exclusión del poder judicial en el proceso de comprobación de la idoneidad de los candidatos a juez constitucional.* 4. LA RECUSACIÓN JUDICIAL COMO INSTRUMENTO PERTURBADOR EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL. 5. EPÍLOGO.

1. INTRODUCCIÓN

La legitimidad del juez constitucional ha sido discutida en Europa desde el siglo XX. La idea de que la democracia se sustenta únicamente en las decisiones y votaciones populares, sostenida por los populismos, choca frontalmente con la concepción de un tribunal no elegido por sufragio que puede enmendar las decisiones del órgano legislativo donde se encuentra

1. https://orcid.org/0000-0003-2458-4576.

la representación del pueblo. Esta cuestión tan antigua sigue estando de moda, no porque teóricamente se haya resuelto sino porque en las épocas de auge del populismo se vuelve a cuestionar el papel de estos tribunales, los máximos intérpretes de la Constitución. Así, el estado constitucional «permite una rectificación al concepto de democracia basado en el poder de las mayorías porque [...] la democracia implica también el respeto a los derechos humanos de todos, incluyendo las minorías»[2].

Por eso, el estado constitucional se basa en la norma suprema que sienta las bases de la organización estatal, tanto en su ámbito dogmático como institucional, las cuales deben ser respetadas por todos, incluso por el poder soberano. Todo ello, permite a las minorías, en este caso a las minorías parlamentarias, acudir a un órgano de especialistas que tengan la capacidad de corregir aquellas decisiones parlamentarias que atenten contra el texto constitucional. De ahí su papel de contrapoder. Volver a este debate no resulta baladí ya que estamos viviendo de nuevo un período en el que se ponen en duda constantemente y sin argumentos jurídicos las decisiones de los tribunales constitucionales o, mucho peor, se intenta controlar a este contrapoder por parte de la mayoría, y este control se justifica en el papel preponderante del poder legislativo. En esta línea, retornar a los conceptos de independencia, imparcialidad y neutralidad del juez constitucional vuelve a ser clave, ya que están relacionados íntimamente con su legitimidad, con su naturaleza y con su composición, conformado por miembros no electos por el pueblo sino expertos en Derecho que deben tener los conocimientos suficientes para ocupar un cargo en el máximo órgano intérprete de la Constitución[3].

De ahí que la hipótesis de este trabajo se centre en demostrar que para que las cortes de naturaleza constitucional y sus miembros realicen la función que se les ha encomendado de manera legítima, adecuada y libre de cualquier interferencia, ya sea externa o interna, hay que determinar adecuadamente qué es la independencia y la imparcialidad del juez constitucional, diferente a la del juez del poder judicial, y ahondar en la noción de neutralidad, la cual está unida a la transparencia en el proceso de confirmación de la idoneidad del candidato a este puesto. Sólo así podemos garantizar que no haya sospechas ni desconfianza hacia los miembros de

2. Cárdenas Gracia, Jaime Fernando, «Acerca de la legitimidad democrática del juez constitucional», en Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *La ciencia del Derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho,* Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 81.

3. Ferreres Comella, Víctor, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad,* Marcial Pons, Madrid, 2011, pp.39-51 y 65-7; Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia,* 3.ª Edición, CEPC, Madrid, 2021, pp. 49-54.

los tribunales constitucionales y que se eviten posibles conflictos de intereses a la hora de realizar la misión de control de constitucionalidad de las leyes. Para ello, hay que diferenciar debidamente al juez constitucional de los titulares del tercer poder del estado y prevenir una «sobrejudicialización» de las cortes constitucionales.

Para conseguir este propósito, este capítulo tratará primero de clarificar la diferencia entre la independencia y la imparcialidad de los jueces constitucionales y los jueces del poder judicial, para después desarrollar qué significado posee la neutralidad de los miembros de las cortes de naturaleza constitucional. Esta neutralidad va unida a la transparencia en el proceso de selección de los jueces constitucionales, por eso, en el segundo apartado se llevará a cabo una aproximación comparada de los procesos de selección y nombramiento de estos, buscando las diferencias y las similitudes que existen en los diferentes estados, con el objetivo de intentar reflexionar sobre cómo podemos mejorar el proceso de confirmación de la idoneidad del candidato a juez constitucional. Finalmente, el trabajo tratará de exponer las disonancias que se producen cuando se utiliza una herramienta judicial como la recusación en las cortes de naturaleza constitucional y cómo esta puede acabar no sólo con la neutralidad del juez constitucional, sino también son su independencia.

2. EL JUEZ CONSTITUCIONAL COMO GARANTE DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

El proceso de realización de los estados constitucionales se completa con la consolidación de la jurisdicción constitucional, plasmando la transición del «Estado legal de Derecho en Estado constitucional de Derecho»[4]. Qué duda cabe que la implantación del modelo de constitucionalidad de las leyes concretado en el viejo continente ayudó a fortalecer las democracias constitucionales y a alejar a estos sistemas políticos de la idea de que no había ninguna decisión de la mayoría elegida por el pueblo que no fuera en contra de los propios intereses de la nación. Es decir, la justicia constitucional es esencial para combatir los populismos que tantas consecuencias negativas han traído a los estados. Los tribunales constitucionales actúan como poder contramayoritario al ser capaces de declarar nulas decisiones de la mayoría legislativa o del poder ejecutivo. Ante esta facultad, las cortes constitucionales han sido observadas minuciosamente, estando en el punto de mira del poder político en numerosas ocasiones. Por eso, una cuestión que pivota en torno a la naturaleza y al papel de los órganos de control de

4. García Pelayo, Manuel, «Estado legal y estado constitucional de derecho», *Revista de la facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas,* n.º 82, 1991, pp. 32-45.

constitucionalidad de las leyes es si sus miembros, no elegidos a través de un proceso electoral ni de un sistema de oposición, cumplen con las características de independencia e imparcialidad que se les presupone a los jueces y que justifican que su actuación se realice sin que haya presiones externas o sin que existan conflictos de intereses[5].

La independencia y la imparcialidad son elementos del estatuto jurídico de los titulares del poder judicial que se han exportado a la justicia constitucional. En el modelo de control de constitucionalidad concentrado, este principio y esta prerrogativa no pueden transferirse por completo a los jueces constitucionales ya que, aunque cumplen con la función jurisdiccional, tienen una labor diferenciada de los jueces y magistrados del tercer poder del estado. De ahí que en la mayoría de los estados europeos las cortes constitucionales se encuentren fuera del poder judicial. Por eso, es importante que definamos adecuadamente qué significa la independencia y la imparcialidad del juez constitucional para no caer en el error de querer convertir a este último en un juez del poder judicial. Por tanto, se analizarán cuáles son los elementos que componen la independencia y la imparcialidad judicial para después establecer cuáles pueden ser aplicados al juez constitucional y cuáles no, por no encajar con sus funciones de control de constitucionalidad de las leyes ni con los procesos jurisdiccionales que se desarrollan en el Tribunal Constitucional (TC).

Queda fuera de este examen lo que sucede con el juez constitucional cuando resuelve recursos de amparo o procesos similares de protección de derechos fundamentales y libertades públicas ya que, en esta ocasión, la labor del juez constitucional se asemeja más a la del juez del poder judicial, a pesar de que las sentencias de amparo tengan también una función determinante en la configuración e interpretación constitucional de los derechos y del sistema de fuentes del Derecho. El último aspecto que se va a tratar en este apartado y que es crucial para la actuación y el trabajo del juez cons-

5. Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, Segunda Reimpresión, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2018, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán [el texto original fue publicado en Francia en 1928: KELSEN, H., «La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (la Justice constitutionelle», *Revue du Droit Public et de la Science Politique,* (1928)]; Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?,* Ariel, Barcelona, 2008, pp. 35-64 [el texto original fue publicado en Estados Unidos en 1957: KELSEN, H., *What is the Justice?: Justice, Law, and Politicis in the Mirror of Science,* University of California Press]; De Miguel Bárcena, Josu, Tajadura Tejada, Javier, *Kelsen versus Schmitt. Política y derecho en la crisis del constitucionalismo,* Guillermo Escolar Editor, Salamanca, 2022; Schmitt, Carl, Kelsen, Hans, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: el defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?,* Tecnos, Madrid, 2019, pp. 5-413.

titucional es el examen del concepto de neutralidad. Al contrario que con la independencia y la imparcialidad, la neutralidad no se recoge en las normas legales que conforman el estatuto jurídico de los jueces y magistrados, pero ha sido estudiada por parte de la doctrina y, además, cada vez tiene más importancia para los miembros de las cortes constitucionales[6].

2.1. LA INDEPENDENCIA COMO FACTOR EXTERNO DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES

La Constitución española (CE) manifiesta en su artículo 117.1 que los jueces y magistrados son independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley. La Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) desarrolla este principio a lo largo de su articulado, mencionándolo en el Preámbulo, en el art. 12, 13 y 14, de manera general. Los arts. 217 a 228 LOPJ recogen el mecanismo de garantía de la independencia judicial, y también de la imparcialidad, a través del sistema de abstenciones y recusaciones. La jurisprudencia europea e internacional ha sido muy prolija en materia de independencia judicial y numerosas sentencias tratan los diversos aspectos de este importante principio —algunas de las cuales hacen referencia a la independencia del juez constitucional—. Tanto la jurisprudencia europea, a través del TEDH y del TJUE, como la jurisprudencia americana, a través de la Corte IDH, han publicado importantes decisiones que conforman la independencia judicial como elemento esencial del Estado de Derecho[7].

---

6. Brey Blanco, José Luis, «Los jueces y la política ¿Imparcialidad/neutralidad *versus* compromiso democrático?», *Foro, Nueva Época,* n.º 00, 2004, pp. 37-67; Gallo Aponte, William, Castanha de Freitas, Daniel, López Valle, Vivian Cristina Lima, «¿Independencia judicial según los jueces constitucionales? Un análisis conceptual a partir de las decisiones del Supremo Tribunal Federal de Brasil y de la Corte Constitucional de Colombia», *Revista Opinião Jurídica,* n.º 32, septiembre-diciembre, 2021, pp. 228-266; De Hoyos Sancho, Montserrat, «El uso jurisdiccional de los sistemas de inteligencia artificial y la necesidad de su armonización en el contexto de la Unión Europea», *Revista General de Derecho Procesal,* n.º 55, 2021, pp. 1-21.

7. La jurisprudencia de la Corte IDH es muy amplia. Sirvan de ejemplo las siguientes decisiones: Caso del Tribunal Constitucional vs. Perís. Fondo, Reparaciones y Costes, Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C, No. 71; Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de junio de 2009, Serie C, No. 197; Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de agosto de 2013. Serie C No. 26; Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015, Serie C No. 3. *Vid.*, Fernández de Casadevante Romaní, Carlos, «El estado de derecho y la independencia judicial en la jurisprudencia internacional», *Revista de la Facultad,* Vol. XIV, n.º 1, 2023, pp. 351-390.

En la región europea, las sentencias del TJUE sobre Polonia son un punto de inflexión en esta materia, poniendo en evidencia la peligrosidad de las democracias iliberales para el poder judicial. Sirvan como ejemplo la STJUE de 27 de febrero de 2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses (C-64/16), SSTJUE de 24 de junio de 2019, Comisión/Polonia (C-619/18), de 5 de noviembre de 2019, Comisión/Polonia (C-192-18), de 19 de noviembre de 2019, A. K. (asuntos acumulados C-585/18, C-624/18 y C-525/18), de 15 de julio de 2021, Comisión/Polonia (C-791/19)[8].

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha sido protagonista en la consolidación de la independencia judicial. Muchas decisiones tratan esta materia y, a modo de ejemplo, podemos citar la reciente STEDH de 5 de abril de 2018, Boyan Gospodinov C. Bulgaria (no. 28417/07), la importante STEDH de 22 de junio de 2023, o la decisiva Sentencia del caso Lorenzo Bragado y otros c. España (no. 53193/21, 53707/21, 53848/21, 54582/21, 54703/21, 54731/21), que dio la razón a los magistrados que se presentaban a candidatos a vocales del CGPJ y cuyas candidaturas no fueron estudiadas por las Cortes Generales de manera oportuna. Estos habían interpuesto recurso de amparo por que se vulneraba su derecho a la tutela judicial efectiva y el TC lo rechazó sin una justificación adecuada, según el TEDH. Esta decisión afecta de lleno a la independencia judicial que según la Comisión de Venecia se encuentra en riesgo en nuestro país porque durante más de cinco años no se había renovado a este órgano de gobierno de los jueces —sin embargo, no observa carencia de independencia judicial en los juzgados y tribunales ordinarios—[9].

Por su parte, la Constitución proclama la independencia e inamovilidad de los magistrados del TC en el artículo 159.5, y en el apartado cuarto de

8. *Vid*., Iglesias Sánchez, Sara, «La independencia judicial como principio constitucional en la UE: los límites del control por el Tribunal de Justicia de la UE», *Teoría y Realidad Constitucional,* n.º 50, 2022, pp. 487-516; Krzywoń, Adam, «La defensa y el desarrollo del principio de independencia judicial en la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Constitucional,* n.º 119, 2020, pp. 85-117; Magaldi Mendaña, Nuria, «La garantía de Independencia del juez europeo: una revolución encubierta del TJUE», *Estudios de Deusto,* Vol. 70, n.º 1, 2022, pp. 81-109.

9. Los informes de la Comisión de Venecia sobre el Estado de Derecho que hablan de la renovación del CGPJ se han sucedido a lo largo de los últimos años. Ya desde 2013 se trataba el procedimiento de nombramiento de los vocales de CGPJ y los retrasos que se había producido. También en el año 2020 y 2021 se puso de manifiesto la anormal situación que atraviesa nuestro órgano de gobierno de los jueces. *Vid*., Castellà Andreu, Josep M.ª, «Estado de derecho e independencia judicial según la Comisión de Venecia», *Estudios de Deusto,* Vol. 70, n.º 1, 2022, pp. 35-53; Carmona Contreras, Ana, «Democracia, estado de derecho e independencia judicial en España: un análisis en perspectiva europea», *Estudios de Deusto,* Vol. 70, n.º 1, 2022, pp. 141-157.

este precepto se asimila, en parte, su estatuto jurídico con el de los titulares del poder judicial. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) establece en su precepto primero la independencia de este Tribunal de los demás órganos constitucionales. La referencia de la independencia de los magistrados del TC en la Carta Magna, la asimilación de su sistema de incompatibilidades con la de los miembros judiciales, menos la de pertenecer a partidos políticos y sindicatos, y la regulación general y no exhaustiva de la independencia de los magistrados en la LOTC tiene dos consecuencias directas. La primera de ellas es que no se fija un concepto de independencia específica para los jueces constitucionales y, por eso, la segunda consecuencia es que se puede tender a utilizar la noción de independencia judicial para los miembros del TC, teniendo estos una labor bien distinta a los titulares del poder judicial[10].

En el año 2016 se aprobó el Código Ético para la Carrera Judicial del CGPJ que, desde entonces, recoge de manera detallada lo que supone la independencia y la imparcialidad para el juez ordinario y que se fundamentan en los Principios de Bangalore de la ONU (2001). Este texto no posee fuerza vinculante ya que, como dice su Preámbulo, «nada tiene que ver el régimen disciplinario con la ética judicial. Esta última solo es concebible en términos de estricta voluntariedad y ausencia de responsabilidad legal, al contrario de la disciplina, que es un conjunto de normas de obligado cumplimiento cuya vulneración arrastra consecuencias jurídicas». Este texto hace una recopilación integral de los conceptos de independencia e imparcialidad judicial, y sirve de guía a los jueces y magistrados del poder judicial[11]. Los elementos que componen ambos principios son muchos y hacen referencia a su relación con las partes, con el objeto específico del proceso o con el respeto a los tribunales y juzgados inferiores. Nada de esto se puede aplicar al juez constitucional para el control de constitucionalidad de las leyes, ahora bien, la noción más básica y general del principio de independencia es común a todos aquellos jueces que desarrollen una función jurisdiccional, sean miembros del poder judicial o pertenezcan a alguna jurisdicción especial[12].

10. Ull Pont, Eugenio, «Independencia e inamovilidad de los miembros del Tribunal Constitucional», *Boletín Oficial de la Facultad de Derecho,* n.º 6, 1994, pp. 245-254; Lasagabaster Herrarte, Iñaki, *El principio de primacía de 1978,* Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 60 y sig.
11. Además, este Código está unido a la Comisión de Ética Judicial, del CGPJ, que es un órgano de consulta que responde a través de dictámenes e informes que marcan la dirección de los principios éticos reconocidos en este texto.
12. El Preámbulo de este Código Ético para la Carrera Judicial tiene como fin «recoger los valores y reglas de conducta compartidos por la judicatura española. Pretenden servir

El Capítulo I de la Parte I del Código Ético para la Carrera Judicial, conformado por ocho apartados, se dedica a la independencia, que queda configurada como un derecho de la ciudadanía y no como un privilegio de los jueces. En el apartado segundo se recoge que el juez debe excluir «de sus decisiones cualquier interferencia ajena a su valoración de la totalidad de la prueba practicada, a la actuación de las partes en el proceso, de acuerdo con las reglas del procedimiento y a su entendimiento de las normas jurídicas que haya que aplicar». Esta es la base de la independencia que también puede aplicarse al juez constitucional la cual se resumiría en que éste no puede estar sometido ni presionado o influido por un poder externo y, si lo estuviese, debe ser capaz de resistirse a cualquier intento. Así, cuando hablamos de la independencia del juez constitucional nos referimos a la relación con otros poderes, con otras instituciones o con la ciudadanía, e iría unida a lo promulgado en el artículo primero de la LOTC: el TC, sus miembros, solo están sometidos «a la Constitución y a la presente Ley Orgánica» [13].

2.2. LA IMPARCIALIDAD Y LA NEUTRALIDAD: FACTORES INTERNOS DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

La imparcialidad judicial no se recoge expresamente ni en la Constitución ni en la LOPJ, ni siquiera como un derecho de la ciudadanía a un juez imparcial. Eso no significa que nuestro estado constitucional no la prevea. En muchas ocasiones se ha establecido como una sección necesaria para el cumplimiento de la independencia judicial. Asimismo, la jurisprudencia constitucional y la doctrina del TEDH han reconocido su existencia jurídica y han mantenido que el derecho a un juez imparcial es parte del contenido

---

de guía en el desempeño de la jurisdicción y promover el diálogo colectivo y la reflexión personal sobre los retos a los que se enfrentan quienes la ejercen, en un marco legal y social complejo y cambiante. Se proponen, además, fortalecer la confianza de la ciudadanía en la justicia al hacer explícitos los modelos de comportamiento con arreglo a los cuales jueces y juezas se comprometen a cumplir sus funciones», *Código Ético para la Carrera Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, 16 de diciembre de 2016, p. 1, https://shorturl.at/jyEEK [Última consulta: 13/05/2024].

13. Aragón Reyes, Manuel, «El futuro de la justicia constitucional», *Anuario Iberoamericano de la justicia constitucional,* Vol. 23, n.º 1, 2019, pp. 11-41; Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia, op. cit.*, pp. 27-58; Rodríguez-Patrón Rodríguez, Patricia, «Función y utilidad: un acercamiento distinto al problema de la politización del Tribunal Constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional,* n.º 49, 2022, pp. 269-291; Pérez Tremps, Pablo, «Una valoración de la justicia constitucional en España cuarenta años después», en Vaquer Caballería, Marcos, Moreno Molina, Ángel Manuel, Descalzo González, Antonio (Coord.), Parejo Alfonso, Luciano José (hom.), *Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso, Vol. 1,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 363-378.

del derecho a un proceso con todas las garantías que se proclama en el artículo 24.2 CE[14]. La mencionada jurisprudencia ha establecido una serie de criterios que determinan el contenido del derecho al juez imparcial, a saber, se exige que los tribunales inspiren confianza a los justiciables —a través de la dimensión subjetiva y objetiva—, que se produzca una apariencia de imparcialidad, o que el juez se encuentre alejado de los intereses de las partes[15]. A su vez, la Constitución tampoco recoge la imparcialidad de los magistrados del TC, aun cuando se pueda inferir del art. 159.5 CE. El art. 22 LOTC sí la menciona específicamente.

El Código Ético para la Carrera Judicial sí recoge la imparcialidad judicial y lo hace de manera muy amplia y completa. El Capítulo II de la Parte I establece doce puntos donde se hace hincapié en la relación y la actuación del juez con las partes y con el objeto del proceso, en que se cumpla el principio de igualdad de oportunidades, y también se incluye el criterio de exigencia de los tribunales de conseguir transmitir la necesaria confianza a los justiciables. Todos estos elementos son propios del poder judicial y resulta complejo aplicarlos a la función de control de constitucionalidad de las leyes del juez constitucional. Lo relacionado con las partes y con el desarrollo del proceso judicial oral queda fuera de su alcance. Con respecto a la confianza a la ciudadanía y a los justiciables, puede entenderse para las cortes constitucionales como un principio inspirador y general, pero no se puede aplicar en el sentido descrito para el poder judicial[16]. A pesar de las inmensas diferencias que se producen entre el juez constitucional y los titulares del poder judicial, el criterio común de la imparcialidad se desarrolla para ambos jueces. Este se refiere a la condición interna del juez, ya que aquí no

14. SSTC 47/1982, de 12 de julio; 47/1983, de 31 de mayo; 113/1987, de 3 de julio; 145/1988, de 12 de julio; 60/1995, de 17 de marzo; 204/1994, de 11 de julio; 181/2004, de 2 de noviembre.

15. El TC y el TEDH han adoptado diferentes sentencias que tratan estos criterios. Sirvan de ejemplo: SSTC 11/2000, de 17 de enero; 155/2002, de 22 de julio; 38/2003, de 27 de febrero; 39/2004, de 22 de marzo; 41/2005, de 28 de febrero. SSTEDH: 1 de octubre de 1982, 8692/79; 25 de julio de 2002, 45238/99; 6 de septiembre de 2005, 65518/01; 22 de junio de 1989, 11179/84. Sobre esta materia, véase, Magro Servet, Vicente, «La imparcialidad judicial», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario,* n.º 7, 2004, pp. 93-101; Castillo-Córdova, Luis, «El derecho fundamental al juez imparcial: influencias de la jurisprudencia del TEDH sobra la del Tribunal Constitucional español», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano,* n.º 1, 2007, pp. 121-145.

16. Brey Blanco, José Luis, «Los jueces y la política ¿Imparcialidad/neutralidad *versus* compromiso democrático?», *op. cit.*, pp. 37-67; Magro Servet, Vicente, «La imparcialidad judicial», *op. cit.*, pp. 93-101; Méndez Tojo, Ramón, «La imparcialidad judicial en la doctrina del TC: el caso Bateragune y el caso Atutxa», *Diario La Ley,* n.º 8842, 2016, p. 2 y sig.

hablamos de presiones u órdenes externas sino de las propias convicciones del juzgador[17].

En este sentido, el Código, en el punto décimo primero, manifiesta que «la imparcialidad opera también internamente respecto del mismo juzgador o juzgadora a quien exige que, antes de decidir un caso, identifique y trate de superar cualquier prejuicio o predisposición que pueda poner en peligro la rectitud de la decisión». Así, tiene que mantener la apariencia de imparcialidad para impedir que se produzcan situaciones de conflicto de intereses. Estos dos componentes, apariencia de imparcialidad y conflicto de intereses, son los ejes que giran en torno a la imparcialidad. También hay que cuidar la relación del juez judicial con los medios de comunicación. En el caso del juez constitucional esta relación debe ser mucho más prudente debido a que los asuntos que tratan las cortes constitucionales tienen una dimensión política significativa y si no se garantiza adecamente se puede quebrar dicha apariencia de imparcialidad. En el punto diecinueve del Código Ético se habla expresamente de que el juez judicial, en su vida social y en sus intervenciones con los medios de comunicación, debe proteger los datos que puedan «perjudicar a las partes o al desarrollo del proceso»[18]. Sin embargo, al juez constitucional se le puede exigir que no emita opiniones sobre los temas en que están inmersos en un procedimiento de control de constitucionalidad de las leyes o, incluso, sobre futuras leyes que pueden llegar a ser objetivo de dicho control[19].

Existe un concepto unido al de imparcialidad que no ha sido desarrollado en el derecho positivo y tampoco se recoge de manera amplia en la jurisprudencia, hablamos de la neutralidad. Esta neutralidad es esencial para el juez constitucional y se retrotrae al momento de su nombramiento donde se observará que la persona elegida para este cargo no vaya a incu-

17. Castillo-Córdova, Luis, «El derecho fundamental al juez imparcial: influencias de la jurisprudencia del TEDH sobra la del Tribunal Constitucional español», *op. cit.*, pp. 130-131.

18. Rocas Trías, Encarnación, «Libertad de expresión, independencia e imparcialidad», *Revista Española de Derecho Constitucional,* n.º 122, mayo-agosto 2021, pp. 13-45; Climent Gallard, Jorge Antonio, «La jurisprudencia del TEDH sobre la libertad de expresión de los jueces», *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho,* n.º 25, 2018, pp. 524-535.

19. Así, se planteó si la magistrada María Luisa Balaguer Callejón había incurrido en el quebrantamiento de su imparcialidad al hablar en una entrevista en Radio Nacional sobre la posible constitucionalidad de la ley de amnistía el primero de noviembre de 2023 (en ese momento no había sido aprobada por las Cortes Generales). Este fue uno de los motivos que se adujo en el escrito de recusación presentado contra ella a principios de diciembre de 2023. San Narciso, María G., Gallardo, Cristina, «La magistrada del TC Balaguer descarta que sus palabras sobre la amnistía prejuzguen o le cuesten una recusación», *El Periódico de España,* 2/11/2023, https://shre.ink/DP16 [Última consulta: 31/05/2024].

rrir en un conflicto de intereses. De ahí que la neutralidad preserve la imparcialidad del juez constitucional velando porque desde el principio se conozca que en el desarrollo de las funciones de este juez no intervendrán aquellos factores que puedan romper la apariencia de imparcialidad. En consecuencia, la neutralidad y la imparcialidad son dos caras de la misma moneda, la diferencia es que la primera opera *ex ante* y la segunda *ex post*. La consecución de estos criterios se consigue a través de la transparencia en el proceso de selección. Sólo podremos conseguir nombramientos que consigan garantizar la neutralidad del juez constitucional si las reglas de elección son claras y permiten conocer por completo al candidato o candidata[20].

Eso no significa que haya que buscar candidatos asépticos que apliquen la norma de manera lineal. Primero, porque es altamente improbable que un ser humano consiga la neutralidad absoluta y que sus ideas, creencias o ideología no le afecten de una u otra manera. La ausencia de estas características podría conseguirse a través de un algoritmo, creando un juez-robot absolutamente neutro. Sin embargo, se ha demostrado que hasta en estos casos subsisten sesgos que se insertan en el proceso de creación de dichos algoritmos. En segundo lugar, porque la función de control de constitucionalidad de las leyes no necesita a una persona plana que aplique la norma despojada de cualquier emoción[21]. El Tribunal Constitucional interpreta numerosos conceptos jurídicos indeterminados conforme a la realidad social del momento, teniendo siempre en cuenta la Carta Magna y sin superar límites que deformen nuestra norma suprema. Ante esta labor jurisdiccional, pero con incidencia en la realidad social y en la política del Estado, los jueces constitucionales tienen que interpretar asuntos tales como qué es la dignidad, cuándo empieza la vida, hasta dónde puede llegar la intimidad, qué se entiende por seguridad y cuáles son sus límites, entre otras cuestiones. Para alcanzar dicha interpretación tiene que haber un equilibrio de la representación en el Tribunal Constitucional de las concepciones sociales de cada momento. Hablamos expresamente de equilibrio el cual no debe confundirse en ningún momento con proporcionalidad[22].

20. Brey Blanco, José Luis, «Los jueces y la política ¿Imparcialidad/neutralidad *versus* compromiso democrático?», *op. cit.*, pp. 37-67.
21. Castillejo Manzanares, Raquel, «Una pregunta difícil de responder: ¿es la IA imparcial?», en Castillejo Manzanares, Raquel, Noya Ferreiro, Lourdes (Dirs.), Varela Gómez, Bernardino (Coord.), *Inteligencia artificial y proceso penal: un reto para la justicia,* Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 81-102; Barona Vilar, Silvia, *Algoritmización del Derecho y de la Justicia,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 344-423.
22. Conde Fuentes, Jesús, «La irrupción de la inteligencia artificial en el ámbito jurisdiccional: especial referencia a la toma de decisiones», en Castillejo Manzanares, Raquel, Noya Ferreiro, Lourdes (Dirs.), Varela Gómez, Bernardino (Coord.), *Inteligencia artificial y proceso penal: un reto para la justicia,* Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp.103-128.

Para conseguir esa representación equilibrada, la transparencia debe estar presente en todo momento y debemos conocer si un candidato o candidata, además de ser catedrático o magistrado, ha sido diputado de un partido político, ha pertenecido a un sindicato o tiene una determinada ideología, concepción o creencia[23]. En muchas ocasiones se manifiesta que estos no son criterios jurídicos y que, por tanto, deben desaparecer y el juez constitucional deberá juzgar la norma sin ningún otro margen de apreciación distinto al jurídico. Pero, como ya hemos visto, eso no es posible, ni siquiera un algoritmo o un robot están totalmente alejados de los sesgos. Lo que se está buscando es interpretar de acuerdo con una realidad social y manteniendo un espíritu de la Constitución adaptada a las nuevas realidades, sin distorsionar el texto constitucional ni el ordenamiento jurídico.

Por supuesto, no se está proponiendo que el juez constitucional realice el control de constitucionalidad de las leyes sin la aplicación del principio del imperio de la ley. Se deben buscar juristas de reconocida competencia que puedan ejercer esta labor de la mejor manera posible —ese debería ser el objetivo en los nombramientos—. No obstante, estas personas no están exentas de los sesgos y creencias que tiene cualquier otro ser humano. En suma, si los sesgos existen y no es posible separarse de ellos, lo que nos ayuda a que éstos no enturbien la justicia constitucional es conocerlos, es decir, que haya la máxima transparencia que impida problemas posteriores y que facilite que el juez constitucional actúe conforme a Derecho. También se podrán establecer algunos límites básicos en las normas jurídicas para evitar los futuros conflictos de intereses, por ejemplo, que no sean elegidos jueces constitucionales exmiembros del gobierno que está en el mandato que pueden crear conflictos con las leyes que ellos mismos aprobaron cuando formaban parte de dicho gobierno. Sólo así se podrá asegurar que se resuelva la función política del TC de la mejor manera posible, alejándola de que se convierta en una función partidista[24].

23. La representación en el Tribunal Constitucional tiene que ser equilibrada y no proporcional, ya que este no es un órgano de representación. De lo contrario, se podría convertir en un segundo parlamento como sucedió en la II República, donde el Tribunal de Garantías Constitucionales actuaba como un Senado. *Vid.*, Gordillo Pérez, Luis Ignacio, «El Tribunal de Garantías Constitucional es de la Segunda República española: enseñanzas de una primera experiencia de justicia constitucional», en Martín Martín, Sebastián, Gordillo Pérez, Luis Ignacio, Vázquez Alonso, Víctor Javier, *Constitución de 1931: estudios jurídicos sobre el momento republicano español,* Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 141-160.

24. Bustos Gisbert, Rafael, «La controvertida composición y renovación de los órganos judiciales situados en la cúspide», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid,* n.º 22, 2018, pp. 217-256.

La búsqueda de la eliminación imposible de estos elementos subjetivos ha supuesto una interpretación errónea de la neutralidad y la imparcialidad donde lo que se quiere conseguir es convertir al juez constitucional en un juez-robot. Esta aspiración ha trasladado a la sociedad la idea de que los magistrados del Tribunal Constitucional tienen que ser equivalentes a los miembros de un Tribunal Supremo, en el sentido de que se les aplique un estatuto jurídico estricto donde no se hayan pronunciado nunca sobre asuntos que afecten al Estado, no hayan realizado escritos o investigaciones donde la crítica y la posición doctrinal es inherente, y no hayan tenido ningún tipo de relación con ningún miembro u órgano de los tres poderes del Estado a lo largo de su vida. Esto nos lleva a la judicialización de los Tribunales Constitucionales, desvirtuando la función de control de constitucionalidad de las leyes y acabando con el objetivo por el que se crearon las cortes constitucionales[25].

En suma, la independencia, la imparcialidad y la neutralidad son elementos esenciales que deben formar parte de la naturaleza del juez constitucional. La mayoría de los aspectos que conforman la independencia e imparcialidad de los titulares del poder judicial no pueden ser aplicaos a los miembros de las cortes constitucionales. No obstante, los fundamentos básicos que conforman el concepto de estos dos principios sí son comunes a todos los jueces, tanto los del poder judicial como los de las jurisdicciones especiales. En cuanto a la neutralidad, este es un aspecto poco desarrollado hasta ahora en el ordenamiento jurídico. Pero eso no significa que no sea determinante para conseguir seleccionar a los mejores jueces constitucionales. La neutralidad busca que se conozcan de manera completa cuáles son las tendencias de las personas que formarán parte de las cortes constitucionales para poder saber, desde el proceso de su selección, si van a ser protagonistas de futuros conflictos de intereses. La neutralidad, bien aplicada, ayudará a alejar los temores en cuanto a quiénes serán los jueces constitucionales y también evitará que sólo haya criterios judiciales en la elección de estos. Para conseguir salvaguardar la neutralidad resulta crucial examinar y analizar cuáles son los procesos de selección que existen en diferentes estados. De esta manera, podremos comparar y completar nuestro actual proceso de confirmación de idoneidad de los candidatos a juez constitucional.

25. Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución, Tomo III,* Tercera Edición, CEPC, Madrid, 2012, pp. 1396-1400; Pineros Polo, Elena, «El *juez-robot* y su encaje en la Constitución española. La inteligencia artificial utilizada en el ámbito de la toma de decisiones por los tribunales», *Estudios de Deusto,* Vol. 71, n.º 1, enero-junio 2024, pp. 53-78.

3. LA TRANSPARENCIA EN EL PROCESO DE CONFIRMACIÓN DE LA IDONEIDAD DEL CANDIDATO A JUEZ CONSTITUCIONAL: UNA APROXIMACIÓN COMPARADA

Las continuas polémicas en torno a los miembros de los tribunales constitucionales tienen relación directa con los modelos de elección de estos. La neutralidad debe ser observada en el momento de elección y nombramiento de los jueces constitucionales para evitar que la independencia y la imparcialidad se quiebren cuando los miembros de las cortes constitucionales estén ejerciendo su labor de control de constitucionalidad. Es en el momento de la designación donde debe haber una máxima transparencia para conocer bien a los candidatos y su trayectoria anterior, con el fin de garantizar su idoneidad. No hay un único sistema de selección y nombramiento, estos varían entre modelos de control concentrado y difuso y, dentro de cada modelo, difiere también según lo que establezca cada estado en su constitución. Resulta de sumo interés conocer más de un sistema para poder ver cuáles son las alternativas posibles y cuáles son los elementos que pueden ayudar o perjudicar a la neutralidad del juez constitucional. No se trata aquí de realizar una comparación entre muchos países, sino de elegir aquellos que puedan aportar elementos característicos, diferenciadores, que proporcionen otras perspectivas al tema tratado. Igualmente, cabe manifestar que algunos de los estados elegidos poseen más de una corte constitucional pero que, en todos los casos, sólo se estudiará al tribunal constitucional con jurisdicción en todo el territorio del estado[26].

Los diferentes procesos de elección y nombramiento de los miembros de las cortes constitucionales muestran una cierta homogeneidad entre aquellos que poseen el modelo concentrado y aquellos que han adoptado el modelo difuso, pero las peculiaridades entre ellos son importantes. Para comprender mejor cuál es el nivel de transparencia que se genera en los procedimientos de confirmación de la idoneidad de los candidatos y observar si el conocimiento de otros sistemas distintos al nuestro nos puede ayudar a comprender mejor los problemas que se producen en España, y a buscar algunas posibles soluciones, este apartado se va a ocupar, en primer lugar, de los estados en los que intervienen los tres poderes del estado en la elección de los jueces constitucionales y después, se adentrará en aquellos en los que se combina la intervención del poder ejecutivo, a través de la autoridad establecida en la constitución, y del poder legislativo. Podremos

26. Revenga Sánchez, Miguel, Quiñones Andrade, Rocío Guadalupe, «Los claroscuros de la justicia constitucional: un enfoque comparado México y España», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Vo. 24, n.º 1, 2020, pp. 51-82; Abat i Ninet, Antoni, *El estatuto jurídico de los Magistrados del Tribunal Constitucional Español. Estudio y análisis comparado,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 133-158.

encontrar aquí países con un modelo concentrado o un modelo difuso, y veremos que el grado de intervención difiere de uno a otro sistema. Todo ello tiene como objetivo determinar cómo se ejecuta la neutralidad en el sistema de elección y cuáles son los elementos que pueden ayudar o fomentar la mejora de la transparencia en el proceso de confirmación de la idoneidad de los candidatos a juez constitucional[27].

3.1. LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRES PODERES DEL ESTADO EN LA ELECCIÓN DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

La decisión de que el poder ejecutivo, el legislativo y el judicial intervengan en el proceso de selección de los candidatos se fundamenta en dotar de legitimidad a los miembros de las cortes constitucionales, esto es, que sean designados por las autoridades que componen las instituciones del estado, intentando evitar la discusión en torno a que estos nombramientos no cumplen con los estándares democráticos que se pueden atribuir a otros órganos estatales. Este sistema ha sido el elegido por España, inspirándose en la Constitución italiana de 1948. El estudio de esta cuestión no es novedoso y los juristas europeos llevan numerosos años profundizando e investigando sobre este extremo y poniendo en duda que dicho sistema no ayude a la politización de los Tribunales Constitucionales[28].

En España, la crisis que acaeció sobre el Tribunal Constitucional entre 2004 y 2010, que se ha vuelto a reproducir en los últimos años debido a los retrasos en la renovación de sus miembros, puso en evidencia las lagunas del sistema de designación. En el caso italiano, la elección de los magistrados de la Corte Constitucional también ha planteado algunos interrogantes y, pese a que no ha llegado a la problemática española, desde los años setenta y, sobre todo, a partir de la década de los noventa, la sospecha de politización del proceso de confirmación de la idoneidad de los candidatos ha estado presente en más de una ocasión. No es el fin de este capítulo hacer un exhaustivo estudio de todos los trabajos que se han publicado a lo largo de las décadas sobre este tema, ni tampoco establecer una cronología de todos los retrasos que han tenido estas dos Cortes en sus renovaciones. Estas líneas se van a centrar en revisar cómo está regulado el sistema de elección

27. Chmielarz-Grochal, Anna, Lasjowska, Marzena, Sulkowsk, Jaoraslaw, «Selección de magistrados constitucionales. Aspectos legales y políticos de la crisis de nombramiento en algunos países europeos», *Estudios Constitucionales,* Año 16, n.º 2, 2018, pp. 481-526.

28. Rodríguez-Patrón, Patricia, «Función y utilidad: un acercamiento distinto al problema de la politización del Tribunal Constitucional», *op. cit.*, pp. 269-291; Aragón Reyes, Manuel, «El futuro de la justicia constitucional», *Anuario Iberoamericano de la justicia constitucional, op. cit.*, pp. 11-41.

de los miembros del Alto Tribunal y si éstos arrojan la suficiente transparencia para cumplir con la neutralidad deseada de sus candidatos[29].

La Constitución italiana de 1948, en su artículo 135.1, ha establecido que el número de jueces que componen su Corte Constitucional es de quince y que su mandato será de nueve años. Estos se eligen por tercios. Los cinco primeros son elegidos por el Presidente de la República, sin que se produzca la intervención del gobierno. El jefe del Estado italiano se configura constitucionalmente como el representante de la unidad nacional (art. 87). Esta autoridad se entiende menos politizada que el gobierno ya que sus funciones corresponden más a una figura de equilibrio que a un órgano político. A este respecto, la doctrina italiana manifiesta que el presidente de la República es el órgano adecuado para elegir a los candidatos a la Corte Constitucional por su capacidad de otorgar ponderación a la misma, a pesar de que no exista un procedimiento público de cómo se lleva a cabo esta designación, siendo una decisión discrecional[30].

El siguiente tercio es elegido por el Parlamento en sesión conjunta de ambas Cámaras. La Ley Constitucional n.º 2, de 22 de noviembre de 1967, estableció en su artículo tercero que la mayoría para esta elección sería de dos tercios, exceptuando el caso en el que ésta no se haya conseguido durante tres votaciones, bajando la misma a tres quintos. Sin embargo, ninguno de los dos Reglamentos, ni el de la Cámara de los Diputados ni el del

29. Sirva de ejemplo algunos trabajos excelentes que se pueden consultar con respecto a esta cuestión: Fernández Farreres, Germán, «Sobre la designación de los magistrados constitucionales: una propuesta de reforma constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional,* n.º 105, 2015, pp. 13-49; Estrada Marún, José Antonio, «El retraso en la designación parlamentaria de magistrados constitucionales. Esbozo de una propuesta de solución», *Estudios de Deusto,* Vol. 59, n.º 2, 2011, pp. 63-93; Rodríguez-Patrón, Patricia, «El Tribunal Constitucional ante la reciente reforma de los artículos 16 de su Ley Orgánica y 184 del Reglamento del Senado», *Revista de Derecho Político,* n.º 77, 2010, pp. 105-140; Groppi, Tania, «The Constitutcional Court of Italy», en Castellá Andreu, Jospe María, Simonelli, Marco Antonio (ed. lit.), *Comparative Constitutional Reasoning,* Cambdridge University Press, Cambridge, 2022, pp. 331-338; Pinardi, Roberto, «Prime osservazioni sul problema dei ritardi parlamentari nell'elezione dei giudici della Corte costituzionale», en Anzon, Adele (Dir.), *La composizione della Corte costituzionale. Situazione italiana ed esperienze straniere*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 223-233; Bin, Roberto, «Corte costituzionale, Regioni e riforme costituzionali», *Le Regioni,* Vol. 29, n.º 4, 2001, pp. 601-604; Rallo Lombarte, Artemi, «La insólita suspensión de la potestad legislativa del Senado: el nombramiento de magistrados del Tribunal Constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional,* n.º 53, 2024, pp. 315-347.

30. En el proceso constituyente de la Constitución de 1948 se pretendió que los magistrados elegidos por el Presidente de la República fueran propuesto por los ministros del gobierno. Esta proposición decayó en el propio debate. *Vid.*, Tega, Diletta, «El Tribunal Constitucional italiano: un balance de su trayectoria y retos actuales», *Teoría y Realidad Constitucional,* n.º 53, 2024, pp. 131-156.

Senado, recoge un procedimiento en el que se especifique que se vaya a dar audiencia a los candidatos y se vaya a producir un diálogo o entrevista entre ellos y los parlamentarios[31].

Los últimos cinco miembros de la Corte son elegidos por las Supremas Magistraturas ordinaria y administrativa. No es el órgano de gobierno de los jueces, el Consejo Superior de la Magistratura, el que se encarga de esta designación, sino los órganos supremos judiciales del Estado. Esta designación queda enmarcada por la doctrina italiana como la más técnica de las tres, creando una compensación entre la elección más política, la del Parlamento, y la elección de unidad y ponderación, la del jefe del Estado. Asimismo, parece que es en la que se produce una mayor transparencia ya que conocemos más detalladamente el procedimiento de confirmación de idoneidad. Tres de los cinco miembros son elegidos por un colegio presidido por el Presidente de la Corte de Casación y formado diferentes miembros de dicha Corte[32]. El cuarto es designado por un colegio presidido por el Presidente del Consejo de Estado y compuesto por algunos miembros de este Consejo, y el último es elegido por un colegio presidido por el Presidente de la Corte de Cuentas y conformado por otros miembros de esta Corte[33].

Es la Ley n.º 87, de 11 de marzo de 1953, la que regula el procedimiento que se lleva a cabo en los colegios y recoge en su artículo 2 el sistema de votación, a través de mayoría absoluta en primera vuelta, y que los presidentes de los colegios serán los encargados de comunicar los nombres de los elegidos al Presidente de la Corte Constitucional, a los presidentes de las Cámaras parlamentarias y al presidente de la República. Tampoco se recoge si se da audiencia a los candidatos, si se plantean dudas con respecto a ellos o cómo se lleva a cabo la deliberación. Por ende, la transparencia normativa en el proceso de verificación de la idoneidad de los candidatos

31. Paladìn, Livio, «Sulla natura del Parlamento in seduta comune», *Rivista Trimestralle di Diritto Pubblico,* año 10, 1960, pp. 388-418;

32. Rossi, Emmanuele, Vuoto, Stefano, «I giudici della Corte Costituzionale di nomina delle supreme magistrature», en Ciarlo, Pietro, et. Al., *Giudichi e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte Constituzionale,* Giappichelli, Torino, 1997, pp. 343-368.

33. Concretamente, los tres primeros están elegidos por un colegio conformado por el Presidente de la Corte de casación, el Procurador general, los Presidentes de las Secciones, los Abogados generales, los Consejeros y los Procuradores Generales sustitutos de la Casación. El cuarto es designado por un colegio compuesto por el Presidente del Consejo de Estado, los Presidentes de las Secciones y los Consejeros del Consejo de Estado. El último de los cinco es elegido por un colegio conformado por el Presidente de la Corte de Cuentas, los Presidentes de las Secciones, los Consejeros, el Procurador General y los Viceprocuradores Generales de la Corte de Cuentas. *Vid.*, Baamonde Gómez, Laura, *La Magistratura Constitucional en España e Italia,* CEPC, Madrid, 2019, p. 52.

a la Corte Constitucional italiana no se recoge debidamente. Sólo sabemos quién los elige y en diez de los quince candidatos, cómo se llevan a cabo la votación y las mayorías que se requieren y cuáles son los requisitos para optar a ser juez constitucional. En este caso, se solicita que sean magistrados de las Supremas Magistraturas ordinaria y administrativa, incluso jubilados, profesores universitarios del ámbito jurídico y/o abogados con más de veinte años de ejercicio profesional[34].

Parte de la doctrina mantiene que las mayorías requeridas son tan altas que garantizan que haya un pacto entre las diferentes fuerzas políticas y que ello ayudará a equilibrar una buena elección de los candidatos. No obstante, esta situación puede suponer que lo que se consiga sean pactos externos al Parlamento, por ejemplo, entre dichas fuerzas políticas, y caer en un sistema de cuotas partidistas. Desde 1955 hasta 1992 había un pacto tácito en la atribución de una cuota fija de los jueces constitucionales, repartidos entre los partidos políticos con representación en el Parlamento. Esta situación dio su primera muestra de debilidad en el año 1971, caso Basso, donde se vetó a una candidatura y, sobre todo, en el año 1993, con el caso Tangentopoli, ya que se produjo un cambio abrupto en el sistema de partidos, rompiendo la fórmula que había anteriormente. Con todo, a pesar de la poca transparencia y de que la designación en el Parlamento corre el riesgo de ser política, el sistema italiano ha demostrado que funciona mejor que el español y que está menos politizado —aunque no discurre ajena a una cierta politización—[35].

En el caso español, la elección por tercios de los magistrados del Tribunal Constitucional supone que cuatro de ellos son elegidos por la Cámara alta, otros cuatro por la Cámara baja, y el último tercio se reparte entre el gobierno, dos miembros, y el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), los dos restantes. Esta designación se hace por un mandato de nueve años y la renovación se produce por tercios cada tres años. Además, se exige ser jurista de reconocida competencia con más de quince años de experiencia profesional. Si empezamos por este último tercio, podremos apreciar que la transparencia en este proceso de idoneidad no es suficiente para garantizar la neutralidad de la que hemos hablado. La Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (LG) no detalla el procedimiento de elección y

34. D'Orazio, Giroldi, *Aspetti dello status di giudice della Corte Costituzionale,* Giufrrè Editore, Milano, 1966, pp. 161-162.

35. Giudicelli, Julien, «La composition de la Cour constitutionnelle italienne, entre équilibre et risque de paralysie», en Lecucq, Olivier, *La composition des juridictions, perspectives de droit comparé,* Bruylant, Paris, 2014, pp. 127-138; Delledonne, Giacomo, «La composition de la Cour constitutionnelle italienne: cadre juridique et influence politiques», *Sant'Anna Legal Studies,* n.º 2, 2024, pp. 4-21.

designación. Por tanto, se aplican las normas de procedimientos generales que aplica el gobierno ya que no se han adoptado normas que reglamenten el procedimiento específicamente[36].

Sabemos, entonces, que el Consejo de ministros es el órgano encargado de esta función y que no se impone una mayoría concreta. No se tiene más conocimiento del resto del procedimiento por que las deliberaciones dentro del Consejo de ministros no son públicas, tal como establece el art. 5.3 LG[37]. Por su parte, el pleno del CGPJ aprobó las «Reglas de procedimiento para la elección a los dos magistrados del Tribunal Constitucional», el 8 de septiembre de 2022[38]. Además del quórum de constitución recogido en el art. 600.4 y la mayoría de tres quintos reconocido específicamente en el art. 599.1. 1.ª LOPJ, estas normas fijaban que serían los vocales del CGPJ quienes propondrían a los candidatos y que estas propuestas deberían ir acompañadas del currículum de dichos candidatos. los vocales podían votar un máximo de dos candidatos/as en cada votación y la designación se tenía por realizada si dos de ellos conseguían la mayoría necesaria, ya fuera de manera simultánea o sucesiva. Como en el gobierno, la toma de decisiones del CGPJ no es pública[39].

Los otros dos tercios de los magistrados son designados por el Congreso de los Diputados y el Senado. El art. 159.1 CE determina la mayoría de tres quintos para su elección. Los candidatos propuestos en ambas Cámaras por los grupos parlamentarios deben comparecer previamente ante la Comisión de nombramientos correspondiente, en donde se procederá al examen de

36. Estrada Marún, José Antonio, *La designación de los magistrados del Tribunal Constitucional en España. Una perspectiva orgánica y empírica,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 124-125; Fernández Farreres, Germán, «Sobre la designación de los magistrados constitucionales: una propuesta de reforma constitucional», *op. cit.*, pp. 13-49.

37. Igualmente, la doctrina se plantea si la preeminencia del Presidente del gobierno no será el único paso, más allá de la formalidad, que se produzca en esta designación. *Vid.*, Fernández Segado, Francisco, «El procedimiento de elección de los magistrados constitucionales», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense,* n.º 77, 1991, pp. 145-193.

38. Estas son las normas que se aprobaron específicamente para elegir a los dos últimos miembros elegidos por este órgano que ahora forman parte del TC, esto es, no hay una regulación general sino que se toman decisiones cada vez que haya una renovación, sin perjuicio de que en un futuro se puedan utilizar estas mismas, o mantener gran parte de las ellas.

39. Igualmente, se establecía en el punto octavo que «En caso de que ningún candidato/a obtuviera el número suficiente de votos, esa circunstancia no impedirá que en las sesiones sucesivas del Pleno se puedan proponer los mismos candidatos». Estas reglas han sido consultadas en la web del Poder Judicial español https://rb.gy/9glhbs [Última consulta: 9/07/2024].

sus currículums y a las preguntas pertinentes para que aclaren cualquier duda que se presente. La Comisión trasladará al Pleno su criterio sobre la idoneidad de los candidatos. Este requisito se introdujo con la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo. En el Senado, el procedimiento se ha vuelto más complejo desde que en esta misma Ley Orgánica se previó la participación de los parlamentos autonómicos, procedimiento que se encuentra en el art. 184 del Reglamento del Senado[40]. El último y necesario trámite que se aplica a los doce miembros sin distinción es que el propio pleno del TC conceda el plácet a los juristas que han sido propuestos por las autoridades competentes. En la reunión del pleno se estudia si los candidatos cumplen con los requisitos previstos en la Constitución y en la ley para ser magistrado del Alto Tribunal[41].

En consecuencia, podemos apreciar que hay diferentes niveles de transparencia según los órganos que elijan a los magistrados constitucionales. En primer lugar, se encuentra el Gobierno cuya opacidad es palpable. Algunos autores mantienen que esta poca transparencia es propia de la naturaleza del Consejo de Ministros y que, ante esta disyuntiva, si queremos más transparencia en esta elección es mejor eliminar la designación por parte del gobierno. El CGPJ utiliza más normas procedimentales y legalmente se establecen las mayorías, ahora bien, la deliberación y la toma de la decisión tampoco es pública. Este es un elemento esencial para poder garantizar que se cumpla con la neutralidad del juez constitucional, ya que es aquí cuando se estudia y se conoce por parte de las autoridades de elección la trayectoria profesional del candidato y sus sesgos. También es en este momento cuando se plantean las dudas que surjan en torno al candidato y el porqué de la elección de uno u otro[42].

40. En el año 2000, una Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados, de 25 de mayo, ya estableció la comparecencia de los candidatos ante la Comisión de Nombramientos https://rb.gy/f6whp7 [Última consulta: 9/07/2024]. Por su parte, la reforma de 2007 de la LOTC en cuanto a la participación de los parlamentos autonómicos cuenta con dos características básicas. Por un lado, es el Presidente del Senado el que comunica a los presidentes de las Asambleas Legislativas autonómicas la apertura del plazo para presentar candidatos y, por otro lado, que estas Asambleas podrán proponer un máximo de dos candidatos *Vid*., Baamonde Gómez, Laura, *La Magistratura Constitucional en España e Italia, op. cit*., pp. 37-41; Rallo Lombarte, Artemi, «La insólita suspensión de la potestad legislativa del Senado: el nombramiento de magistrados del Tribunal Constitucional», *op. cit*., pp. 315-347.

41. Así, el 30 de julio de 2024, el pleno del TC otorgó el plácet por unanimidad al candidato propuesto por el Senado, el cual ha ocupado la plaza que quedó vacante tras la dimisión del magistrado D. Alfonso Montoya por motivos de salud en el año 2022.

42. Estrada Marín, José Antonio, *La designación de los magistrados del Tribunal Constitucional en España. Una perspectiva orgánica y empírica, op. cit*., pp. 124-125; Baamonde Gómez, Laura, *La Magistratura Constitucional en España e Italia, op. cit*., pp. 37-41.

Es en la selección por parte del poder legislativo donde se puede observar el mayor índice normativo de transparencia. Aun así, la designación por parte del Congreso y del Senado ha suscitado numerosas críticas referidas a la politización que desprende y se ha señalado que se ajusta a un interés partidista. El problema aquí no es tanto la normativa a aplicar sino la utilización que se ha hecho de este sistema de nombramientos que lo ha convertido en un sistema de cupos, justo lo que quiere evitar la neutralidad. La prensa española manifiesta de manera clarividente cómo este modelo de selección se entiende como un sistema de cuotas partidistas. En la noticia de *Europa Press,* de 30 de julio de 2024, donde se menciona que el pleno del TC ha dado el plácet a un nuevo candidato, en el teletipo se dice expresamente que es el «candidato pactado por PP y PSOE», no se dice que es el candidato propuesto por el Senado. Esta decisión se tomó extraparlamentariamente, de manera pública y en el seno de la Unión Europea, entre los dos grandes partidos, que después llevaron al Senado al candidato ya pactado[43]. A pesar de que el problema no sea tanto legal como de aplicación, lo cierto es que una reforma del procedimiento de designación sería imprescindible para mejorar la capacidad de confirmación de idoneidad de los candidatos. Como ha mantenido Germán Fernández Farreres, esta regulación, «a pesar del éxito y apogeo inicial del Tribunal en sus diez primeros años de andadura, no ha podido impedir su continuo y progresivo declive durante toda la década siguiente hasta desembocar en una profunda crisis»[44].

En resumen, la participación de los tres poderes del estado en la designación de los miembros de las cortes constitucionales busca legitimar sus nombramientos y crear un equilibrio entre las fuerzas políticas y judiciales que enriquezcan la variedad en la elección de los jueces constitucionales. Esta combinación debe completarse con una pertinente transparencia que nos permita observar de manera inequívoca que se garantiza la neutralidad de los candidatos. Hemos comprobado que dicho nivel de transparencia no se produce ni en el caso italiano ni en el caso español, si cabe, parece peor en el caso italiano. Con todo, resulta interesante verificar que en España la tergiversación del sistema es mayor que en Italia. Ello se debe al uso torticero que las fuerzas políticas hacen del proceso de confirmación de la ido-

43. La noticia del *Europa Press* de 30 de julio de 2024 se puede consultar en: https://shorturl.at/zUuyL [Última consulta: 30/07/2024]. En este acuerdo se pactó renovar la vacante del TC y el CGPJ. Vid., Martialay, Ángela, Piña, Raúl, «El PSOE y el PP pactan renovar el CGPJ cinco años después: 10 vocales para cada uno y el compromiso de "participación directa" de los jueces en la elección futura», *El Mundo,* 25/05/2024 https://shorturl.at/VnBnt [Última consulta: 25/07/2024].

44. Fernández Farreres, Germán, «Sobre la designación de los magistrados constitucionales: una propuesta de reforma constitucional», *op. cit*., pp. 17-18.

neidad de los candidatos. Eso no significa que no haga falta una reforma del procedimiento de designación, la cual ayudará a mejorar la transparencia, aunque no será suficiente para evitar la politización de estos nombramientos. Será crucial que las autoridades que elijan a los jueces constitucionales no hagan un uso inadecuado del sistema establecido. Para mejorar el procedimiento de selección será importante fijarse en algunos de los elementos diferenciadores del caso italiano, pero también en otros procesos de designación que recogen otros países y que se sustentan sólo en la participación del poder ejecutivo y legislativo y, en algunos casos, en una exhaustiva reglamentación del mismo.

3.2. LA EXCLUSIÓN DEL PODER JUDICIAL EN EL PROCESO DE COMPROBACIÓN DE LA IDONEIDAD DE LOS CANDIDATOS A JUEZ CONSTITUCIONAL

Algunos estados democráticos han restringido la intervención del poder judicial en la designación de los miembros de los tribunales constitucionales y centran el papel protagonista en el poder ejecutivo o en el poder legislativo, o en ambos. Es en estos supuestos donde encontraremos países que poseen el modelo concentrado de control de constitucionalidad de las leyes y otros que mantienen un modelo difuso. Podríamos hablar de numerosos estados que encajan en este caso de exclusión del poder judicial, pero nos vamos a centrar sólo en tres: Alemania, Francia y los Estados Unidos de América (EEUU). El caso alemán ha sido elegido porque a pesar de que el tercer poder del estado quede fuera de esta designación de los miembros del *Bundesverfassungsgericht*, este tribunal se ubica dentro del poder judicial y tiene una fuerte composición judicial. El caso francés se ha recogido porque es el más suigéneris de las cortes constitucionales europeas, teniendo un fuerte carácter político que en ningún caso se intentar ocultar. Finalmente, el caso de EEUU puede parecer el más alejado por ser un modelo difuso sin una corte constitucional, en cambio, su proceso de selección de los jueces del Tribunal Supremo (TS) ante el Senado y la reciente aprobación del Código de Conducta de los jueces del Supremo hacen que el estudio de su modelo de idoneidad sea significativo[45].

45. Magnon, Xavier, «Plaidoyer pour que le Conseil constitutionnel devienne une cour constitutionnelle», *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n.º 100, 2014, pp. 999-1009; Grossman, Joel B., Wasby, Stephen L., «The Senate and Supreme Court Nominations: some reflections», en Hall, Kermit L., *The Path to and from the Supreme Court,* Routldge, New York, 2018, pp. 29-63; Giegerich, Thomas, «Transparency in the Selection of Constitutional Court Judges: Contextualised Comparison between the USA, Germany and the European Courts in Luxembourg and Strasbourg», *Open Justice*. Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2019, pp. 143-176.

La Ley Fundamental de Bonn de 1949 establece en su artículo 94 que el poder legislativo es el que elige a los dieciséis jueces del Tribunal Constitucional federal por un único mandato de doce años. Ocho son elegidos por el *Bundestag* y los otro ocho por el *Bundesrat*. Este precepto también establece que algunos de ellos serán magistrados federales, seis concretamente, y el resto podrán tener otro estatus profesional, siendo siempre juristas. Asimismo, se prohíbe que pertenezcan a cualquiera de las Cámaras legislativas, al Gobierno Federal, a los órganos correspondiente de un Land o a los partidos políticos, si bien las Cámaras no están obligadas a elegir entre los que se proponen. La actual Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal recoge que la mayoría necesaria será de dos tercios y que los candidatos deben ser propuestos por el Gobierno federal y por los Gobiernos de los Länder[46].

Igualmente, esta Ley Orgánica recoge que los candidatos deben tener más de 40 años y menos de 68 años, tener la capacidad para ser juez, y los candidatos judiciales deben haber ejercido en los tribunales superiores federales al menos tres años. Otra característica esencial del modelo alemán es que el *Bundesverfassungsgericht* pertenece al poder judicial ya que se encuentra dentro del Título IX de la Ley Fundamental, relativa al poder judicial. Hay que señalar que eso no implica que el Tribunal Constitucional no tenga la suficiente autonomía para desarrollar sus funciones igual que otras cortes constitucionales europeas. Tanto este elemento como la obligatoriedad de elegir a un número determinado de jueces de los tribunales federales superiores parecen intentar dotar de una naturaleza jurisdiccional al *Bundesverfassungsgericht*. Es por esta razón que, en el caso alemán, la no elección por parte del tercer poder del estado parece suplida con el resto de los requisitos que la Constitución y la Ley Orgánica recogen[47].

En cuanto a la transparencia en el proceso de confirmación de los candidatos a juez constitucional, no parece que normativamente se establezcan todas las reglas para conocer los perfiles de los candidatos si lo comparamos con el caso español, por ejemplo. No obstante, las demás reglas que se recogen en la normativa alemana y que tienen que ver con el cupo jurisdiccional o con la prohibición de que los candidatos hayan sido políticos, ayudan a crear un espacio de transparencia donde la neutralidad pueda garantizarse. Igualmente, la aplicación de esta reglamentación conforme al espíritu de la

46. Lepsius, Oliver, «La función política del Tribunal Constitucional alemán», *Teoría y Realidad Constitucional,* n.º 53, 2024, pp. 119-130.

47. Abat i Ninet, Antoni, *El estatuto jurídico de los Magistrados del Tribunal Constitucional Español. Estudio y análisis comparado, op., cit.*, pp. 150-152; Aung, Nge Nge., «Composition of the German Federal Constitutional Court», *LESIJ-Lex ET Scientia International Journal,* Vol. 27, n.º 2, 2020, pp. 101-112.

Constitución y de las leyes es también un elemento crucial en el sostenimiento de la transparencia y, por ende, de la neutralidad. No podemos olvidar que esta institución alemana ha sido clave para la defensa del estado político constitucional de este país[48].

El Consejo Constitucional francés, nacido de la Constitución de la V República de 1958, está formado por nueve miembros que ostentan un mandato de nueve años y cuya renovación se realiza por tercios cada tres años. A estos jueces constitucionales hay que añadir a los antiguos Presidentes de la República que, si deciden formar parte de esta institución, serán vitalicios. En la elección participa el poder ejecutivo y el poder legislativo, ya que tres de ellos son designados por el Presidente de la República, los tres siguientes son elegidos por el Presidente de la Asamblea Nacional y los tres últimos por el Presidente del Senado. La formulación inicial por parte de Charles de Gaulle de este Consejo lo convertía en un órgano asistente del Presidente de la República que supuso que en sus primeros años no tuviera un auténtico peso en cuanto al control de constitucionalidad de las leyes. Por eso, en su primera etapa, la doctrina francesa ha sostenido que había una continuidad del «légicentrisme» propio de las Repúblicas anteriores. Todo esto comenzó a cambiar con la Decisión de 16 de julio de 1971 (RCC 1971, 44) y con la Decisión de 23 de agosto de 1985 (RCC 1985,197)[49].

El sistema de designación de los miembros del Consejo Constitucional ayudó a mantener en los primeros años esa naturaleza de asistente del Presidente. Es decir, la composición de esta Corte era y es eminentemente política. Ahora bien, la evolución del Consejo y las nuevas reglas de transparencia que se han incluido en el proceso de confirmación de la idoneidad de los candidatos han ayudado a invertir la condición primigenia de esta institución. En este sentido, la Ley Constitucional de 23 de julio de 2008, que reformó en profundidad las instituciones de la V República, incluyó al Parlamento en el proceso de selección de los miembros del Consejo, a través de las comisiones pertinentes de cada Cámara legislativa que actualmente emiten un dictamen sobre la idoneidad de los candidatos. Además, el actual artículo 13, último párrafo, de la Constitución determina que en el caso de los miembros elegidos por el Presidente de la República, por la mayoría de tres quintos de las comisiones permanentes correspondientes de cada Cámara se puede impedir la designación de los candidatos[50].

48. Streinz, Rudolf, «The Role of the German Federal Constitutional Court Law and Politics» *RITSUMEIKAN L. Review*, n.º 31, 2014, pp. 95-97.

49. Bonnet, Julien, «Los retos del Consejo Constitucional: controversias francesas sobre la justicia constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 53, 2024, pp. 157-178.

En la designación realizada por el Presidente de la Asamblea Nacional y del Senado, la comisión pertinente tan sólo emitirá un dictamen sobre la idoneidad de los candidatos, sin posibilidad de vetar estas designaciones. En suma, a partir de la primera década del siglo XXI se limitó la capacidad del poder ejecutivo para elegir a los candidatos a jueces constitucionales. Se reglamentó un procedimiento de transparencia en cuanto a la elección de estos miembros que permite al Parlamento realizar el escrutinio de los candidatos e, incluso, vetar a los candidatos en la designación efectuada por el Presidente de la República. Eso no significa que no sigan produciéndose críticas al carácter político de este Consejo, por eso, como bien dice Julien Bonnet, «romper con esta imagen e invertir el peso de la historia es, probablemente, el reto más difícil y decisivo al que se enfrenta el Consejo Constitucional»[51]. Sin duda, quedan todavía los miembros natos que son de naturaleza específicamente política y que distorsionan la composición del Consejo Constitucional, a pesar de que no todos los expresidentes de la República ejercieran y ejerzan este cargo[52].

Finalmente, vamos a abordar el modelo de control de constitucionalidad de EE. UU, el cual es difuso, lo que supone que el pronunciamiento final del TS es el que pacifica la cuestión de inconstitucionalidad, siempre y cuando el caso llegue hasta este nivel de jurisdicción superior. De ahí que nos acerquemos al nombramiento de sus jueces, que es un «acontecimiento constitucional de primer orden». El Tribunal Supremo está compuesto por nueve miembros vitalicios designados por el presidente de los EE. UU., aunque este proceso no depende únicamente de él y, por eso, se menciona que está sometido a «diversos contrapesos»[53].

En primer lugar, debido a la naturaleza vitalicia del cargo, no todos los presidentes tienen esta capacidad, sólo en aquellos supuestos en que,

50. Maugüé, Christine, Stahl, Jacques-Henri, *La question prioritaire de constitutionnalité,* Dalloz, Paris, 2017, p. 12.

51. Bonnet, Julien, «Los retos del Consejo Constitucional: controversias francesas sobre la justicia constitucional», *op. cit.*, p. 162.

52. Han sido miembros del Consejo Constitucional como miembros natos, George Pompidou, dese marzo de 1959 hasta abril de 1962, René Coty, desde marzo de 1959 hasta noviembre de 1962, Vicent Auriol, desde marzo de 1959 hasta mayo de 1960, Valéry Giscard D'Estaing, desde mayo de 1981 hasta diciembre de 2020, Jacques Chirac, desde mayo de 2007 hasta septiembre de 2019, y Nicolas Sarkozy, desde mayo de 2012 hasta la actualidad. *Vid.*, Núñez Rivero, Cayetano, Gordillo Pérez, Luis I., «República de Francia», en Gordillo Pérez, Luis I. (Dir.), *Sistemas constitucionales europeos y comparados,* Athenaica Ediciones, Sevilla, 2019, pp. 77-126; Verdussen, Marc, «Le mode de composition de la Cour constitutionnelle est-il légitime», *RBDC,* Vol. 2013, 2013, pp. 67-86.

53. Epps, Daniel, Ganesh, Sitaraman, «How to save the supreme court», *Yale LJ,* n.º129, 2019, pp. 148-206.

durante su mandato, se produzcan renuncias o fallecimientos de los jueces del TS. Por otro lado, y este es el contrapeso más importante, todos los candidatos pasan por el proceso de confirmación del Senado, que puede ser muy incisivo. Es aquí donde se produce un diálogo, una entrevista con preguntas subjetivas a los candidatos. Concretamente, las audiencias se llevan a cabo en el Comité de Asuntos Judiciales que estudia la idoneidad de los candidatos. A continuación, es el Pleno del Senado el encargado de votar si confirma o deniega a los candidatos, a través de una votación en la que se necesita mayoría simple. Puede parecer una mayoría insuficiente, comparada con aquellas que se establecen en los estados europeos, pero con esta mayoría el Senado ha rechazado a doce candidatos presentados por el Presidente de los Estados Unidos[54]. Este proceso garantiza una transparencia suficiente de neutralidad y provoca el conocimiento y el escudriñamiento de los candidatos con respecto a su vida anterior[55].

Este proceso de confirmación de la idoneidad de los candidatos a juez constitucional ha sido completado con el Código de Conducta de los jueces del TS que se aprobó el 13 de noviembre de 2023, por el propio Tribunal, y que ha supuesto una revolución en el poder judicial federal de EE. UU. Es cierto que al examinar otros países no se ha mencionado este tipo de documento, pero dado que está en directa relación con la neutralidad de los jueces del TS, que busca mejorar la transparencia en cuanto a la naturaleza de los mismos y que afianza la apariencia de imparcialidad que opera *ex post*, vamos a dedicar unas pocas líneas a esta cuestión. Fue el Senado el que presionó para que se aprobara este texto como consecuencia de los escándalos que se habían descubierto en torno al pago de vacaciones de lujo, jets privados, negocios inmobiliarios y el acercamiento a benefactores ricos que se habían producido por algunos jueces del TS, como por ejemplo, el juez Clarence Thomas-[56].

Este Código hace especial hincapié en que los jueces del TS no desarrollen ningún tipo de actividad política y, además, incluye la posible recusación en caso de que no cumplan de manera justa con su cargo. Para cumplir con los mandatos de esta norma es esencial conocer anteriormente, en el

54. Strauss, David A., Sunstein, Cass R., «The Senate, the Constitution, and the Confirmation Process», *The Yale Law Journal*, n.º 101.7, 1992, pp. 1491-1524.

55. Tobias, Carl, «Confirming Supreme Court Justices in a presidential election year». *Wash. UL Rev.*, n.º 94, 2017, pp. 1089-1108.

56. El prólogo del Código mantiene que este texto «completa y cierra la previsión de la Constitución de 1787 de que los jueces se mantengan en el cargo mientras observen un buen comportamiento y responde a las críticas de comportamientos poco éticos del TS». Continúa diciendo que «publicamos este Código, que representa en gran medida una codificación de los principios que durante mucho tiempo hemos considerado que rigen nuestra conducta», p. 1.

proceso ante el Senado, cuál ha sido y sigue siendo su posición con respecto a las organizaciones políticas. Eso no significa que no puedan tener ideas o simpatías políticas, pero no podrán realizar actividades que supongan un conflicto de intereses con su función jurisdiccional y de control de constitucionalidad de las leyes[57]. Pero esta aprobación ha sufrido importantes críticas. El presidente de la Comisión judicial del Senado, Dirk Durbin, ha dicho que este Código no está «a la altura de las normas éticas que se exigen a otros jueces federales». Asimismo, la doctrina mantiene que el Código es un texto donde no se recoge un régimen sancionador, haciendo imposible su aplicación. Por lo tanto, el Código fija que son los jueces del TS los que decidirán por sí mismos si se recusan de un caso[58].

En conclusión, para conseguir la neutralidad es clave que haya transparencia en el nombramiento de los miembros de las cortes constitucionales ya que es aquí donde se manifiesta el proceso de confirmación de la idoneidad de los candidatos a juez constitucional. También es esencial que el sistema elegido se aplique de manera adecuada. Si observamos qué sucede en España y en otros países europeos, podremos ver que el nombramiento por parte de los tres poderes del Estado, o de alguno de ellos, suele ser recurrente. Tras acercarnos brevemente a algunos modelos de nombramiento, las similitudes son evidentes pese a que todos los estados poseen características propias que resultan sumamente útiles para comprobar qué puede estar fallando en otros estados y qué elementos utilizados en otros países podrían ayudar a mejorarlo, en parte[59].

El caso estadounidense puede parecer el más alejado, pero realmente desarrolla toda una serie de requisitos que pueden asemejarse a las pautas establecidas en el parlamento español o a la toma de decisiones del Parlamento francés en la designación de los miembros del Consejo Constitucional por parte del Presidente de la República. El estudio comparado de los sistemas que hemos visto nos puede ayudar a contestar a dos cuestiones esenciales. La primera de ellas es si se da la necesaria transparencia en estos sistemas de nombramiento para cumplir con la neutralidad del juez cons-

57. Concretamente, el canon quinto de este Código declara incompatible con el cargo de juez del Tribunal Supremo ser un líder político, acudir a cenas, apoyar a candidatos, pagar una cuota, solicitar fondos o hacer donaciones o contribuciones a las organizaciones políticas.

58. Esta cuestión no es novedosa. La doctrina estadounidense lleva tratando este tema desde hace décadas. *Vid.*, Uelmen, Gerald F., «Crocodiles in the bathtub: Maintaining the independence of state supreme courts in an era of judicial politicization», *Notre Dame L. Rev.*, Vol. 72, n.º 4, 1997, pp. 1133-1153; Barak, Aharon, «The role of a supreme court in a democracy», *Hastings LJ*, n.º 53, 2001, pp. 1205-1216.

59. Tusseau, Guillaume, *Contentieux constitutionnel comparé. Une introduction critique au droit processuel constitutionnel,* LGDJ, paris, 2021, pp. 456-491.

titucional. La segunda, una vez resuelto en qué casos sí, si se consigue la transparencia necesaria normativamente y en cuáles no, es si el problema radica entonces en su aplicación y utilización. Estas reflexiones son decisivas para poder hacer propuestas que perfeccionen la transparencia en los procesos de nombramiento en España que necesita una importante mejora a nivel normativo, pero también en la aplicación por parte de los agentes políticos que participan en el nombramiento de los jueces constitucionales. A esto hay que sumarle la utilización en los últimos años de la recusación judicial para los magistrados del Tribunal Constitucional, hecho que ha minado no sólo la neutralidad del juez constitucional, sino también su independencia[60].

4. LA RECUSACIÓN JUDICIAL COMO INSTRUMENTO PERTURBADOR EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

El acercamiento a los sistemas de selección del juez constitucional desde diferentes estados nos da una visión más amplia de la importancia de que se cumpla con el requisito de neutralidad a través de la transparencia. Igualmente, esta aproximación nos ayuda a comprender que no se pueden exigir las mismas características y la misma naturaleza a un juez constitucional que a un juez del poder judicial. Teniendo en cuenta esta premisa, vamos ahora a centrar nuestra atención en un instrumento judicial que se ha utilizado y se está utilizando actualmente en la jurisdicción constitucional española y que es un arma de doble filo. Se trata de la recusación y, en concreto, de la recusación basada en las publicaciones de investigación y académicas de los miembros de las cortes de naturaleza constitucional. Esta es una herramienta del poder judicial regulada en la LOPJ, en el Capítulo V del Título II, arts. 217 a 228. Por su parte, la LOTC determina en su art. 80 que los preceptos de la LOPJ se aplicarán supletoriamente para los magistrados del Tribunal Constitucional. El propio TC ha señalado que la aplicación supletoria de la recusación judicial no es una tarea sencilla y que habrá que tener en cuenta las especificades derivadas de la naturaleza de las funciones del Alto Tribunal, así como que no es posible sustituir a los magistrados constitucionales[61].

60. Matía Portilla, Francisco Javier, «Sobre la adscripción partidaria de los magistrados del Tribunal Constitucional y su invocación en el proceso», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 34, 2014, pp. 235-268.

61. STC 16271999, de 27 de septiembre (FJ 8), y AATC 394/2006, de 7 de noviembre (FJ 2), 383/2006, de 2 de noviembre (FJ 3). *Vid.*, Bachmaier Winter, Lorena, *Imparcialidad judicial y libertad de expresión de jueces y magistrados. Las recusaciones de magistrados del Tribunal Constitucional,* Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 43-54.

La recusación judicial es un instrumento procesal, unido a la abstención, que salvaguardan la imparcialidad de los justiciables en un caso concreto. Por esta razón, se entiende que va unida a la imparcialidad y a la independencia judicial, aunque la Constitución española no lo mencione expresamente en su art. 117. Es el art. 219 LOPJ el que determina cuáles son las causas de recusación y, de los dieciséis motivos que recoge, la inmensa mayoría hacen referencia a la relación personal del juez con algunas de las partes o de los actores del proceso, a su relación con el pleito o se centra en la relación del juez con el pleito en una instancia anterior[62]. Parece complicado que muchas de estas circunstancias puedan aplicarse al juez constitucional en su función de control de constitucionalidad de las leyes. Las que más han sido utilizadas en las recusaciones de los magistrados del TC son la número seis, en lo que concierne a «emitir dictamen sobre el pleito o causa como letrado», la número diez, es decir, «tener un interés directo o indirecto en la causa» y, las más empleada, la número trece que mantiene que el juez podrá abstenerse o ser recusado si ha ocupado un cargo o empelo público que haya supuesto su participación, directa o indirecta, en el asunto que sea objeto del pleito o similar[63].

62. Ángel Arias Domínguez estableció que la recusación judicial se describe, desde una perspectiva procesal, a través de los siguientes elementos: «por su naturaleza jurisdiccional, ante la posición enfrentada existente entre la parte recusante y el juez recusado; por su ejercicio a instancia de parte; por su formulación en un incidente dentro de un proceso principal; por la existencia de una instrucción del incidente; por la práctica de la prueba; por la resolución de un órgano sin apenas posibilidades de recurrir lo resuelto ante otro órgano superior», en Arias Domínguez, Ángel, *La abstención y la recusación de jueces y magistrados,* Editorial de Derecho Reunidas, Madrid, 1999, p. 65. Véase también, De Diego Díez, L. Alfredo, «El rechazo liminar de la recusación contra jueces y magistrados», *Revista Derecho & Proceso,* n.º 4, 2024, pp. 3-15.

63. Es el caso del actual magistrado Juan Carlos Campo Moreno, el cual fue ministro de Justicia del actual Gobierno de la nación, que se ha abstenido en aquellos casos que versan sobre la constitucionalidad de las leyes y de las normas legales en las que participó ejerciendo el cargo ministerial. También se ha abstenido en el recurso de inconstitucionalidad sobre la ley de amnistía del año 2024. Igualmente, la actual magistrada Laura Díez Bueso se abstuvo en los casos de constitucionalidad sobre la ley y el decreto ley de la Generalitat catalana relativos al uso de lenguas oficiales en las escuelas catalanas, ya que fue Vicepresidenta del Consejo de Garantías Estatutarias y trató esta cuestión durante su mandato político. *Vid*., Brunet, José María, «El exministro Juan Carlos Campo se abstiene en los recursos sobre la votación de Alberto Casero y en la ley "del solo sí es sí"», *El País,* 20 de enero de 2023 https://shorturl.at/kZ7NU [Última consulta: 30/06/2024]; Brunet, José María, «la magistrada Laura Díez se abstendrá en las sentencias sobre el 25% de castellano en las escuelas catalanas», *El País,* 19 de enero de 2023 https://shorturl.at/oR1bu [Última consulta: 30/06/2024]. Igualmente, las solicitudes de recusación también se han sustentado en otras circunstancias del art. 219 LOPJ, como las circunstancias número 11, 14 o la 16. *Vid*., Matía Portilla, Francisco Javier, «Sobre la adscripción partidaria de los magistrados del Tribunal Constitucional y su invocación en el proceso», *op. cit*., pp. 235-268.

Con respecto a la causa número diez, como acertadamente mantiene el profesor Luis E. Delgado del Rincón, «en el ejercicio de esta función [de control de constitucionalidad], los magistrados constitucionales actúan de forma parcial, actúan movidos por un interés de parte, cual es la defensa de la Constitución»[64]. Por tanto, esta actuación «de parte» no es a la que se refiere en el art. 219 LOPJ y es difícil que el sentido judicial de esta circunstancia pueda achacarse al juez de naturaleza constitucional. Las otras dos causas mencionadas serán desarrolladas en el breve estudio del ATC 26/2007, de 5 de febrero, el primero que declaró la recusación de un magistrado del TC, D. Pablo Pérez Tremps, profesor universitario al que se le impidió resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Grupo Parlamentario Popular contra la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. El magistrado Pérez Tremps fue recusado en dos ocasiones por este mismo tema aludiendo a sus publicaciones académicas anteriores a ser miembro del TC[65].

Antes del Auto de 5 de febrero de 2007 ya se había pedido la recusación del magistrado Pérez Tremps en base a la causa dieciséis del art. 219 LOPJ, afirmando que el trabajo publicado en el año 2003 y titulado «La acción exterior y la participación europea ante una posible reforma del Estatuto de Cataluña», que formaba parte de una obra colectiva financiada por el Instituto de Estudios Autonómicos de la Generalitat de Cataluña, representaba un dictamen que hacía referencia a una parte del contenido reformado del Estatuto de Cataluña en el año 2006. El ATC 18/2006, de 24 de enero, desestimó esta recusación. Sin embargo, el Grupo parlamentario Popular del Congreso volvió a solicitar la recusación de este magistrado por la misma publicación unos meses después[66]. En este caso, el ATC 26/ 2007 sí declaró esta recusación, apartando al magistrado de este trascendental y polémico recurso de inconstitucionalidad. Este trabajo no va a llevar a cabo un estudio pormenorizado de este Auto ya que juristas de prestigio ya han realizado

64. Delgado del Rincón, Luis E., «La recusación de los magistrados del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional,* n.º 82, 2008, p. 352.

65. No fueron las únicas recusaciones que se plantearon en este caso. Se intentó recusar a la entonces presidenta del TC, D.ª María Emilia Casas Baamonde, en base a la circunstancia catorce del art. 219 LOPJ (ATC 283/2006, de 2 de noviembre), al magistrado D. Roberto García-Calvo, en base a las circunstancias diez y 11 (AATC 394/2006, de 7 de noviembre, 434/2006, de 12 de diciembre), y al magistrado D. Jorge Rodríguez-Zapata en base a la circunstancia trece (ATC 177/2007, de 7 de marzo).

66. Lo hizo en base a que la primera recusación se solicitó a través una demanda de amparo sobre los acuerdos de la Mesa del Congreso sobre la calificación y admisión de la proposición de Ley de reforma del Estatuto y la segunda, en base al recurso de inconstitucionalidad sobre esta Ley ya aprobada. Aunque en las alegaciones de esta petición de recusación se manifestó que se producía una «identidad de supuesto de hecho con el ATC 18/2006», el TC argumentó que no se producía esta identidad y que,

esta importante labor, sino que va a tratar de poner de relieve algunos de los elementos más destacados y algunas de las críticas que recibió este supuesto[67].

De las tres causas que se alegaron para la recusación, la única que prosperó fue la número trece. Esta nueva causa, introducida en la reforma de la LOPJ a través de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, plantea numerosos interrogantes debido a su extensión y a la ambigüedad de algunas de las palabras que utiliza. En consecuencia, si su interpretación resulta intrincada en el ámbito judicial, esta será más delicada en cuanto al juez constitucional. En el ATC 18/2006 también se había invocado esta circunstancia y el Tribunal Constitucional había desestimado esta causa porque éste era un trabajo donde se realizaba una reflexión sobre el tema tratado, que se unía a muchas otras reflexiones que este magistrado había efectuado desde 1987. Entre muchas otras argumentaciones, el TC manifestó que «su reflexión, hecha al hilo de las propuestas de reforma ya citadas formuladas por un grupo de profesores universitarios, se mueve exclusivamente en el campo de la contribución académica, racional, doctrinal y teórica sobre las diversas opciones y posibilidades de tratamiento jurídico que ofrece el marco constitucional y estatutario sobre la acción exterior y europea de las Comunidades Autónomas» (FJ 4). El TC añadió que en el momento de realización de este trabajo no había una propuesta específica de la reforma del Estatuto[68].

Aun así, un año más tarde, el Alto Tribunal modificó su propia jurisprudencia en el ATC 26/2007 y entendió que este trabajo académico y científico ya no tenía esta naturaleza, se había convertido en un dictamen profesional encargado por un órgano que formaba parte del proceso de revisión del Estatuto catalán basándose en el contrato de consultoría y asesoramiento que el magistrado firmó con el Consejero de Relaciones Institucio-

---

por tanto, no se apreciaba la existencia de cosa juzgada. *Vid.*, Delgado del Rincón, Luis E., «La recusación de los magistrados del Tribunal Constitucional español», en León Bastos, carolina, Wong Meraz, Víctor Alejandro (Coord.), Carpizo Mac Gregor, Jorge (hom.), *Teoría de la Constitución: estudios jurídicos en homenaje al Doctor Jorge Carpizo en Madrid,* Porrúa, México, 2010, pp. 121-151.

67. *Vid.*, Fernández Farreres, Germán, «El Tribunal Constitucional ante las reformas estatutarias», *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid,* n.º 21, 2009, pp. 145-168; Bachmaier Winter, Lorena, *Imparcialidad judicial y libertad de expresión de jueces y magistrados. Las recusaciones de magistrados del Tribunal Constitucional, op. cit.*, pp. 163-181; Delgado del Rincón, Luis E., «La recusación de los magistrados del Tribunal Constitucional», *op. cit.,* pp. 121-151; Matía Portilla, Francisco Javier, «Sobre la adscripción partidaria de los magistrados del Tribunal Constitucional y su invocación en el proceso», *op. cit.*, pp. 235-268; Calvo Sánchez, María del Carmen, *Control de la Imparcialidad Del Tribunal Constitucional*, Atelier Libros, Barcelona, 2009, pp. 280-370.

68. El momento de la primera publicación fue noviembre de 2004.

nales de la Generalitat. Otro de los elementos utilizados para apuntalar esta recusación fueron las intervenciones que las autoridades del Instituto de Estudios autonómicos tuvieron ante el Parlamento catalán[69].

Las críticas a este Auto no se hicieron esperar y en los votos particulares se expresó que esta jurisprudencia podía sentar un precedente muy arriesgado en el que se permitiera presentar recusaciones cada vez que se sospechara que debido a su adscripción política se pudiera incurrir en parcialidad. Hay que recordar que los magistrados del TC no tienen prohibido formar parte de partidos o asociaciones políticas y que la neutralidad del juez constitucional se fundamenta en la transparencia a la hora de conocer cuáles son sus sesgos. Asimismo, este Auto es también un precedente para perseguir a los profesores universitarios por los trabajos realizados antes de ser magistrados y que forman parte de la naturaleza investigadora y académica de su profesión. Así, puede afectar a la selección de los jueces constitucionales ya que para evitar posibles recusaciones, se puede preferir elegir a otro tipo de juristas antes que a profesores universitarios y aumentar así la cuota de jueces en el órgano de control de constitucionalidad de las leyes, por ejemplo. El magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas presentó un voto concurrente en el ATC 26/2007 y adujo que en la práctica los casos de recusaciones por publicaciones académicas serían muy pocos[70].

Lo que es cierto es que el comienzo de la petición de recusaciones en el caso del Estatuto de Cataluña abrió la puerta a la avalancha de nuevas solicitudes que se han sucedido en los últimos años, que superan de largo la cincuentena, y que también han afectado a profesores universitarios. A

69. Bar Cendón, Antonio, «El proceso independentista de Cataluña y la doctrina jurisprudencial: una visión sistemática», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 37, 2016, pp. 187-220; Delgado del Rincón, Luis E., «La recusación de los magistrados del Tribunal Constitucional», *op. cit.*, pp. 121-151; Rallo Lombarte, Artemi, «La insólita suspensión de la potestad legislativa del Senado: el nombramiento de magistrados del Tribunal Constitucional», *op. cit.*, pp. 315-347.

70. Por ejemplo, en el Voto particular de Dña. María Emilia Casas Baamonde, la entonces presidenta del TC argumentó que «Ocurre, en definitiva, que los nuevos elementos objetivos que, según la interpretación del Auto, pueden justificar la apariencia de parcialidad no son otros que las dudas subjetivas de los recusantes, dudas que no precisarán ya apoyarse en datos objetivos que tengan relación con el fundamento de la garantía de la imparcialidad judicial para estimarse justificadas y legítimas, sino que será suficiente con que sean razonables. Si todo se cifra en la sospecha que pueda abrigar una parte y ésta, como en el presente caso, está integrada por representantes políticos, se corre el riesgo de abrir la puerta a sospechas sustentadas en la adscripción ideológica que quiera hacerse de todos los Magistrados de este Tribunal atendiendo, por ejemplo, al dato de su procedencia intelectual o al signo de la formación política que haya apoyado su designación» (FJ 4). En lo que se refiere al Voto particular concurrente del magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas, este manifiesta en el fundamento jurídico tercero que «Si en vez de aludir a hipótesis no comprobables se toma

pesar de que ninguna de estas demandas ha supuesto una nueva recusación de un magistrado del TC, lo cierto es que es un riesgo que se abrió en el año 2007 y que sigue perviviendo en el tiempo[71]. Sirva de ejemplo cómo el actual Gobierno de España ha llevado a cabo una solicitud de recusación ante el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) contra Carmen Salcedo, miembro de esta Corte que, si bien no es un tribunal constitucional al uso, tiene funciones constitucionales de interpretación de la legislación. Esta persona es una jurista de reconocida competencia, profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia. En marzo de 2024 la prensa se hizo eco de que el mismo Gobierno que propuso a la profesora Salcedo como experta para formar parte de este Comité había pedido su recusación a través de una carta que se envió desde el ministerio de Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, en noviembre de 2023. El Comité debía resolver sobre la demanda presentada por UGT en 2022 que reclamaba que la normativa española sobre indemnización por despido improcedente no cumplía con la Carta Europea de Derechos Sociales[72].

La petición de recusación se basaba en la publicación de un artículo científico de la experta publicado en julio de 2022, antes de ser miembro del

---

en consideración la situación real de los actuales miembros del Tribunal, se pone en evidencia cómo en ocasiones en que actuaciones realizadas en ejercicio de sus profesiones anteriores, bien universitarias, administrativas o judiciales, han podido provocar dudas sobre su imparcialidad, los Magistrados han resuelto la dificultad con absoluta normalidad institucional, haciendo uso del mecanismo legal de la abstención, sin que por ella padeciese en nada la actuación del Tribunal. El argumento de las dificultades de acceso al Tribunal de los juristas más prestigiosos queda así desvirtuado por la fuerza incontrovertible de los hechos». *Vid.*, Delgado del Rincón, Luis E., «La recusación de los magistrados del Tribunal Constitucional», *op. cit.*, p. 379-382.

71. En febrero de 2023 la prensa se hacía eco de que el Tribunal Constitucional se enfrentaba a la solicitud de más de sesenta recusaciones realizadas a sus magistrados para diferentes asuntos que tenía que resolver, entre ellos la ley del aborto o la ley de eutanasia. Vázquez, Ángeles, «El TC se prepara para rechazar las más de 60 recusaciones presentadas por PP y Vox», *El periódico de España,* 14 de febrero de 2023 https://shorturl.at/ySYT6 [Última consulta: 01/07/2024]. En esta dirección, el Tribunal Constitucional ha rechazado por unanimidad la petición de recusación de dos magistradas en julio de 2024 por el caso de los ERE de Andalucía. Villanueva, Nati, «El Constitucional rechaza por unanimidad las recusaciones del PP contra dos magistradas por el caso ERE», *ABC,* 16 de julio de 2024 https://shorturl.at/uWAYN [Última consulta: 17/07/2024].

72. Murcia, Esperanza, «El Gobierno se entromete en el Comité Europeo que decidirá la reforma del despido en España», *Huffpost,* 12 de marzo de 2024 https://shorturl.at/1Pc13; Sánchez Hidalgo, Emilio, «Los sindicatos europeos condenan la injerencia del Gobierno en el debate sobre la indemnización por despido», *El País,* 15 de marzo de 2024 https://shorturl.at/HshjW; Martínez Vélez, Alejandro, «UGT expresa su preocupación por la petición de recusación por parte de Justicia de la experta española del CEDS», *El Español,* 13 de marzo de 2024 https://shorturl.at/Tu1a7 [Última consulta: 01/07/2024].

Comité, sobre la indemnización por despido improcedente. En este trabajo, la profesora Salcedo mantenía que la normativa española en esta materia no se ajustaba a la Carta Social europea[73]. En un primer momento, el ministro de Justicia negó que hubiera hecho esta recusación y ante la pregunta oral que le planteó el 28 de febrero de 2024 un diputado del Grupo Parlamentario Republicano del Congreso sobre la injerencia del Gobierno en la decisión que el Comité debía realizar sobre el sistema de indemnizaciones en despidos improcedentes, Bolaños sólo respondió que lo que querían era «garantizar la plena legitimidad de la decisión que se adopte» sin mencionar la solitud de recusación que ya habían cursado. Respondió lo mismo ante la pregunta oral planteada por un diputado del BNG, perteneciente al Grupo Parlamentario Mixto, el 14 de marzo de ese mismo año. En esta pregunta se hacía mención expresa a la mencionada recusación[74].

Finalmente, la prensa publicó la carta que el Ministerio envió al CEDS, en la cual se argumentaba que Salcedo no cumplía con los principios de independencia e imparcialidad. Así, manifestaba la «importancia primordial de salvaguardar los principios de independencia e imparcialidad que deben regir la actuación de los miembros del Comité». Esta misiva continuaba diciendo que la imparcialidad implicaba «la necesaria ausencia de prejuicios o ideas preconcebidas sobre su posición en relación con las cuestiones objeto de examen en los procedimientos ante el Comité», basándose en el artículo 3 del Reglamento Interno del CEDS. Este precepto mantiene que sus miembros ejercerán sus funciones de conformidad «con las exigencias de independencia, imparcialidad y disponibilidad inherentes a su cargo». La misiva gubernamental argumentaba que «una exigencia derivada de la imparcialidad es, sin duda, la improcedencia de que un miembro del Comité encargado de examinar un caso concreto que, debido a su ocupación profesional antes de formar parte del Comité, se haya formado una opinión sobre el asunto examinado en un sentido determinado, ya sea a favor o en contra de una de las partes en el procedimiento, y que además haya expresado dicha opinión de manera pública»[75].

73. Salcedo Beltrán, Carmen, «La Carta Social Europea y el procedimiento de reclamaciones colectivas. Un nuevo y excepcional escenario en el marco legislativo laboral», *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 91-92, 2022.
74. La primera pregunta y su respuesta se encuentra recogida en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 27, de 28 de febrero de 2024, p. 19. La segunda pregunta se encuentra en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, núm. 107, de 18 de marzo de 2024, p. 71. La respuesta, que fue escrita, está recogida en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, núm. 128, de 22 de abril de 2024, p. 146.
75. Sánchez Hidalgo, Emilio, «El Consejo de Europa resuelve contra la indemnización por despido y mete presión al Gobierno para reformarla», *El País*, 31 de marzo de 2024 https://shorturl.at/u8YPu [Última consulta: 01/07/2024].

En este caso, la opacidad del CEDS ha sido significativa. En primer lugar, porque no existe ninguna norma de derecho positivo que recoja un procedimiento de recusación para sus miembros, no siendo materia de regulación en el Reglamento del Comité. Este es un caso inaudito y es la primera vez que se plantea. En segundo lugar, porque no sabemos si la experta, Carmen Salcedo, fue finalmente recusada, ya que no se ha publicado nada al respecto. De hecho, la decisión sobre la reclamación interpuesta por UGT contra España ha sido adoptada en la 341 sesión del Comité —del 13 al 17 de mayo de 2024— y publicada el 29 de julio de 2024, y en ella aparece que asistieron todos los miembros del Comité, incluida la profesora Salcedo[76]. En dicha decisión se insta al Gobierno español a reformar la normativa en materia de indemnización por despido improcedente por no ser conforme a la Carta Europea de Derechos Sociales, tal como ya hiciera anteriormente con otros Estados del Consejo de Europa con una normativa similar a la española[77].

La recusación que aquí se ha formulado, y que tiene características similares a la que se propuso para el magistrado D. pablo Pérez Tremps, presenta algunos elementos sustanciales. El primero es que el mismo gobierno que propuso a la experta, que tenía conocimiento de su currículum y, por tanto, de la publicación de este artículo, es el que la recusó. Además, esta publicación es parte de su carrera académica y corresponde a uno de los méritos que hacen de esta profesora una jurista de reconocido prestigio, requisito ineludible para ocupar este puesto. De la misma manera, los profesores universitarios estudian temas conflictivos y tienen opiniones fundadas sobre ellos, es parte esencial de su carrera académica. Es importante volver a recalcar que en el momento en el que el ministerio de Justicia, Presidencia y relaciones con la Cortes exigió la aplicación de este instrumento no había ningún mecanismo específico de recusación en el Comité. Fue la presidenta, Aoife Nolan, la que, sobre la marcha, sin norma jurídica que sustentara su actuación, admitió la carta del Gobierno español y comenzó un procedimiento *ad hoc*[78].

En suma, estamos hablando de nuevo de neutralidad del juez constitucional o del experto que pertenece a un órgano que tiene funciones constitucionales de interpretación de la legislación de los estados. Este caso es un

76. Decisión *Unión General de Trabajadores (UGT) C. España*, Reclamación n.º 235/2023, de 14 de mayo de 2024.
77. Decisión *Confédération Générale du Travail Force Ouvrière (CGT-FO) c. Francia*, Reclamación n.º 160/2018, y Decisión *Confédération Générale du Travail (CGT) c. Francia*, Reclamación n.º 171/2018, de 26 de septiembre de 2022.
78. Delgado del Rincón, Luis E., «La recusación de los magistrados del Tribunal Constitucional», *op. cit.*, p. 347-362.

ejemplo claro de no querer ser conscientes de que todas las personas, incluidos los que van a ser jueces constitucionales, poseen sesgos que no van a desaparecer y que es bueno que se conozcan, ya que ello ayudará a que no exista conflicto de intereses en el futuro. En este supuesto, la opinión académica de la experta en base a conocimientos jurídicos y a la doctrina anterior del CEDS fue plasmado en un trabajo de investigación público y de fácil acceso para todo aquel que tuviera que examinar su currículum. Asimismo, si utilizamos las causas de recusación del art. 219 LOPJ para este caso, no hay ninguna a la que se pueda asimilar, ya que escribir un artículo en una revista especializada no está previsto en ninguna de estas causas. Es más, la opinión profesional aquí vertida no responde a un sesgo político, ni a la pertenencia a partidos políticos, asociaciones religiosas o iglesias, estamos hablando más que de un sesgo de un elemento intrínseco a la naturaleza de un jurista que proviene de la academia: estudiar temas de actualidad y emitir opiniones fundadas sobre ello[79].

En suma, este ejemplo práctico nos ha servido para recuperar un asunto que aún no parece resuelto y que gira en torno a la imparcialidad y la neutralidad del juez constitucional, ya que cuando se pide la recusación o se recusa a un juez constitucional por publicaciones académicas se está utilizando un proceso de control ideológico. Se rompe con la neutralidad del juez constitucional porque en todos los casos estudiados los trabajos eran públicos y formaban parte de la doctrina desarrollada por los profesores universitarios, que luego ocuparon cargos de magistrado o de experto. La interpretación jurídica sobre un tema es parte de la labor de un jurista y sirve, entre otras muchas cosas, para conceder el reconocido prestigio. Aquí no sólo se rompe con la imparcialidad, sino que la actuación de los que solicitan la recusación y los que recusan no se ajusta a la neutralidad, siendo sospechosa de quebrantar la independencia judicial, muy maltrecha en estos tiempos y de suma importancia para poder poner límites al poder del Estado[80].

5. EPÍLOGO

Cuando se analizan las cortes constitucionales y se reflexiona sobre la naturaleza de sus miembros aparece de forma recurrente la discusión sobre su legitimidad. El examen de este aspecto no es novedoso, es un debate que se reproduce de forma asidua desde hace décadas. No obstante, eso no sig-

79. Bachmaier Winter, Lorena, *Imparcialidad judicial y libertad de expresión de jueces y magistrados. Las recusaciones de magistrados del Tribunal Constitucional, op. cit.*, pp. 151-181.

80. Milione, Ciro, «Estado de Derecho y derecho a la independencia judicial: un binomio insoslayable», *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público,* Vol. 72, n.º 1, 2024, pp. 21-29.

nifica que hayamos llegado a conclusiones definitivas, entre otras cosas, porque a los problemas teóricos que se plantean se añade la práctica y la aplicación real de las normas jurídicas que tratan sobre dicha legitimidad, esto es, aquellas que se aplican al sistema de selección y nombramiento de los jueces constitucionales, el cumplimiento de su estatuto jurídico y el desarrollo de sus funciones. Para revisar la elección de los jueces constitucionales y su estatuto, es importante detenerse en las nociones de independencia e imparcialidad que se adoptan para los miembros de las cortes de naturaleza constitucional, debido a que no pueden ser similares a las que se emplean para los jueces del poder judicial. La naturaleza de estas cortes y de las tareas de control de constitucionalidad de las leyes que realizan hacen que sea primordial no convertirlas en órganos judiciales ni en intentar equipararlas a los tribunales judiciales.

Pero no sólo se debe profundizar en la independencia y la imparcialidad del juez constitucional, sino que hay que ocuparse de la neutralidad. Este término ha sido menos desarrollado, sin embargo, su incidencia en el buen funcionamiento de los tribunales constitucionales es evidente. La neutralidad entendida como el conocimiento suficiente de cuáles son los sesgos de los candidatos a jueces constitucionales contribuye a evitar futuros conflictos de intereses que ahonden en la desconfianza de las cortes de naturaleza constitucional. Por eso, la neutralidad y la imparcialidad son dos caras de la misma moneda que intervienen en momentos distintos, la primera durante el proceso de selección, la segunda, durante el mandato. Para conseguir que la neutralidad exista y se aplique debidamente debe darse la máxima transparencia en el proceso de confirmación de idoneidad del candidato a juez constitucional. Para saber si se produce esta transparencia, resulta muy útil aproximarse a los distintos sistemas de selección de los miembros de las cortes constitucionales, con el fin de poder comparar qué elementos pueden ayudar a mejorar nuestro procedimiento de elección y nombramiento.

Hay tantos procesos de selección como países que poseen un sistema de justicia constitucional. Algunos de ellos son más cercanos al caso español, como el italiano, el alemán e incluso el francés, si bien se observan más diferencias que en los otros dos casos, y otros que pueden parecer distintos al nuestro, pero que también poseen puntos en común e instrumentos que pueden ayudar a comprender mejor qué clase de transparencia debería existir en el proceso de confirmación de la idoneidad del candidato a juez constitucional, como es el caso estadounidense. Sin duda, el acercamiento a otros procesos de selección es beneficioso para proyectar los cambios indispensables que nuestro sistema necesita. Ahora bien, una revisión legislativa es indispensable pero no suficiente, ésta debe ir acompañada de una

adecuada aplicación de las normas para no distorsionar las reglas de selección y modificar tanto este proceso que la legislación en esta materia pierda su sentido. Igualmente, no podemos solicitar que la selección de los jueces constitucionales sea como la de los jueces del poder judicial ya que la naturaleza de unos y de otros es diversa.

En este sentido, no podemos aplicar las mismas reglas de recusación judicial a los miembros de las cortes de naturaleza constitucional. Este instrumento tomó fuerza en el TC español a partir del año 2006, y ha dado como resultado la recusación de un magistrado que venía del ámbito académico, D. Pablo Pérez Tremps, e innumerables solicitudes de recusación a distintos miembros que han pasado desde entonces por el Tribunal Constitucional. La recusación a profesores universitarios, que se ha vuelto a producir recientemente en el Comité Europeo de Derechos Sociales, pone de manifiesto un control ideológico de los jueces constitucionales y la deriva hacia la judicialización de la justicia constitucional. Tanto es así que esta recusación atenta contra el requisito de ser jurista de reconocida competencia el cual, para los profesores universitarios, se fundamenta en gran medida en sus publicaciones sobre cuestiones polémicas y actuales. Si se mantiene o aumenta el rumbo de este tipo de recusaciones puede haber una propensión a aumentar el número de jueces del poder judicial en el Tribunal Constitucional. Ya en el año 2012 Francisco Rubio Llorente se preguntaba si la magistratura de carrera quería controlar el TC y, así, incorporarlo de facto al poder judicial[81]. Esto nos puede volver ciegos frente a los problemas reales que a día de hoy se plantean en cuanto a la naturaleza del juez constitucional y, además, nos aleja de un mejor tratamiento y búsqueda de soluciones de los problemas y desafíos que hoy perviven en las cortes constitucionales.

81. Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución, Tomo III*, *op. cit.*, pp. 1396-1400.

Capítulo 4

Sobre la idoneidad de los magistrados del Tribunal Constitucional y los mecanismos y criterios de valoración [1]

Asunción de la Iglesia Chamarro [2]
Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Navarra

SUMARIO: 1. CONTEXTO: ABUSO DEL RECURSO A LA ÚLTIMA PALABRA Y DESPRESTIGIO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. LA NECESARIA VUELTA A LAS RAÍCES. 2. PATOLOGÍAS EN EL PROCESO DE SELECCIÓN DE LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *2.1. Proceso de designación: perversión y reformas de parte. 2.2. Sobre el valor de las comparecencias parlamentarias como procedimientos de estimación de la idoneidad.* 2.2.1. Previsión de las comparecencias antes las Comisiones de Nombramientos. 2.2.2. Desarrollo de las comparecencias*: la idoneidad «pactada».* Un trámite parlamentario devaluado por el sistema de «cuotas». 3. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL VALIDANDO A LOS SUSTITUTOS Y EL INTENTO DE CONTROLAR AL ¿CONTROLADOR? 4. CONSIDERACIÓN FINAL: SOBRE EL CONCEPTO DE IDONEIDAD Y SU APLICACIÓN A LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. UNA PROPUESTA DE MÁXIMOS. *4.1 Idoneidad reglada. 4.2. Idoneidad adicional. 4.3. Idoneidad colegiada o composicional.*

1. Este trabajo se enmarca dentro del proyecto I+D+I PID 2022-141112NB-100 financiado por el MCIN «La importancia de la independencia del Tribunal Constitucional para la defensa de la Democracia Constitucional».
2. Orcid.org/0000-0003-4165-9082.

1. CONTEXTO: ABUSO DEL RECURSO A LA ÚLTIMA PALABRA Y DESPRESTIGIO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. LA NECESARIA VUELTA A LAS RAÍCES

No es una exageración afirmar que el Tribunal Constitucional español atraviesa el momento más complejo desde su puesta en marcha[3]. Más de cuatro décadas después, con luces y sombras, y no obstante la labor realizada en materia de derechos fundamentales, construcción del Estado Autonómico o, en general, de interpretación y defensa de la Constitución en el período de consolidación y desarrollo de la democracia constitucional en España, su prestigio y su independencia están muy cuestionadas y su imagen institucional deteriorada en el presente contexto de polarización[4].

Son tiempos convulsos en la defensa de la Constitución para la responsabilidad de la última palabra, que será controvertida por su propia naturaleza[5] —en menor medida en los procesos de amparo, salvando los supuestos de relieve político—. La situación se tornará aún más compleja cuando aquello que debió haberse resuelto en cauces políticos es remitido a la jurisdicción constitucional, forzando una intervención del Tribunal que podría haberse evitado, reducido o destensado[6] o cuando se pide al Tribunal que retuerza letra y espíritu de la Constitución y violente sus costuras, sin que falte a la cita la presión mediático-política desde todos los ángulos posibles, incluido el interno al Tribunal.

Además, en el caso del Tribunal Constitucional español este factor de riesgo se acentúa si consideramos las amplias funciones que, en comparación con sus homólogos, se le han confiado e incluso que él mismo ha

3. Madrid, 12 de julio de 1980.
4. Cfr. En particular, SIMÓN YARZA, Fernando, «Justicia constitucional y polarización política en España», *International Journal of Constitutional Law*, 2024, pp. 1-25.
5. TOMÁS Y VALIENTE lo expresa con precisión: «La realidad política es conflictiva y el Tribunal Constitucional que resuelve en forma jurídica conflictos de contenido siempre político, no puede hacerse nunca la ilusión de estar situado, ante la opinión pública, por encima de contiendas que él mismo ha de juzgar (...) es inevitable que los conflictos salpiquen al órgano que los resuelve. Lo esencial es que la politización del litigio jurídico y del paralelo debate social no influyan en la resolución del Tribunal». Cfr. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, «La Constitución y el Tribunal Constitucional», AAVV, *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, CEPC, Madrid, 1995, pp. 18-19.
6. Comparto la afirmación de CARRILLO cuando dice que «sin perjuicio de reconocer que una sentencia del Tribunal Constitucional pueda llegar a tutelar aquello que una coyuntural mayoría parlamentaria ha ignorado, no se puede residenciar en la jurisdicción constitucional un contencioso que esencialmente ha de ser resuelto en el ámbito de las funciones propias de un órgano representativo». Cfr. CARRILLO, Marc, en el prólogo a FAVOREU, Louis, *Los tribunales constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 8.

ido interpretando de forma expansiva a lo largo de estos años. A eso se suma la legitimación de distintos órganos políticos para acudir a él, especialmente a través del recurso de inconstitucionalidad (no es así en otros sistemas de justicia constitucional, *v. gr*. Italia). Para completar y complicar el marco de juego del TC, no ha escapado a su uso la vía del recurso de amparo para cuestiones con trasfondo político, con dudas de si correspondía al Tribunal Constitucional entrar a conocer —especialmente en relación con la jurisdicción ordinaria, pero también en relación con los otros poderes del Estado—.

Lo cierto es que, por su propia función, el Tribunal Constitucional entra de otra forma en el esquema orgánico en una suerte de *checks and balances* con los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, además de los poderes territoriales. Es, por definición, un contrapeso del sistema, concebido como contra mayoritario —con las reservas que suscita esta expresión, pues no debe interpretarse tanto como «contra», sino «frente» a los riesgos de las mayorías que se extralimitan por su propia fuerza no compensada orgánicamente en un sistema parlamentario o en un presidencialista en sintonía composicional—. Decía García Pelayo que un tribunal era el principal regulador jurídico del sistema constitucional, el custodio de los valores jurídicos que sustentan la Constitución, con dos funciones fundamentales: «la adaptación de las estructuras políticas al principio de división de poderes y la defensa de los valores jurídicos, sobre los que se fundamenta la Constitución»[7].

En el momento presente, en que no falta la alteración de los equilibrios institucionales, el Tribunal Constitucional adquiere un papel protagonista como órgano de contrapeso. En referencia a la Corte Constitucional italiana, CAPPELLETTI apuntaba precisamente a las situaciones patológicas —cuando otros poderes no hubieran actuado correctamente en ese complejo juego de equilibrios— y a su doble consecuencia: trasladar el conflicto y

7. Así en el primer dictamen enviado a Zarzuela y Felipe González coincidiendo con el proceso de elaboración de la Constitución, que acaba de ver la luz en la colección Clásicos del Pensamiento Político. Cfr. GARCÍA-PELAYO, Manuel, *El Rey*, pp. 53 y 56. Advierte que «los riesgos para la existencia de la Constitución y del orden democrático no vienen tan solo del mal o del desafortunado uso de los poderes públicos, sino que pueden venir también del abuso de los derechos constitucionales por partidos, grupos o personas con intención manifiesta de destruir la totalidad del orden constitucional, y de aquí que deba ser función de la jurisdicción constitucional asegurar el valor jurídico de la Constitución como un todo, anterior y superior cualquiera de los derechos particularizados, (...) es, en cambio, relativamente fácil erosionar algunas de sus partes componentes a fin de producir bloqueos parciales, cuya acumulación e interacción obstaculicen el funcionamiento del conjunto, hasta llegar a su desestabilización». GARCÍA PELAYO, Manuel, *op. cit*., p. 55.

situar en la jurisdicción constitucional el ojo del huracán y ampliar esa función de la Corte en la forma que el autor italiano llama *supletoria*[8]. Entiendo que estas palabras son de aplicación a nuestra particular experiencia.

Precipitan la sobreexposición del Tribunal el contexto de ruptura del consenso constitucional y la tendencia global populista, de la que ni nos podemos abstraer ni nos libramos. Cuando las tensiones entre fuerzas políticas enfrentadas se trasladan —o se pretenden trasladar— por defecto y con pocas excepciones al seno del Tribunal, este resulta entrampado-atrapado en medio de la batalla política, minado y erosionado en su imagen, pues saldrá malparado resuelva lo que resuelva[9]. Desde luego, el desprestigio se acentúa si cala en la ciudadanía la sospecha de inclinación partidista de sus miembros, sea de origen —en la fase que afecta al nombramiento— o en el ejercicio de la actividad. El foco se sitúa entonces, irremediablemente, sobre el Tribunal Constitucional y muy en particular sobre *quienes* lo integran en cada momento. La ***idoneidad de los magistrados*** pasa al centro del debate[10].

En este punto, es preciso recordar que la fuerza del Tribunal Constitucional reside no sólo en el reconocimiento constitucional de su posición, sino en el prestigio y la autoridad de la institución, de sus componentes individuales y su funcionamiento como colegio. Solo desde ese prestigio —que requiere la definición de la idoneidad y los criterios para la selección de perfiles adecuados— el Tribunal Constitucional puede ejercer esa función pacificadora como garante de la Constitución a la que está llamado[11]. Y el prestigio no se presume. Desde luego es mandato constitucional elegir a quienes gozan ya de «reconocida competencia» como juristas, pero ese prestigio se consolida a través del recto ejercicio de la función jurisdiccio-

8. Cfr. CAPPELLETTI, Mauro, «El Tribunal Constitucional en el sistema político italiano: sus relaciones con el ordenamiento comunitario europeo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 4, 1982, pp. 12 y 13.

9. Por eso, «El Tribunal no debe obsesionarse por el eco de sus resoluciones. Ni ha de buscar el aplauso ni ha de huir de la censura» cfr. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *op. cit*., p. 19.

10. Véase la reciente encuesta publicada sobre el Tribunal Constitucional, donde la politización de la composición —por el modo partidista de aplicación de la norma— son señalados unánimemente por AGUADO RENEDO, César (p. 19); BILBAO UBILLOS, Juan María (pp. 21-22); GARCÍA ROCA, Javier (p. 27) que habla de la selección de jueces «soldados», recordando a Sunstein, Sobre las cuotas partidistas; LÓPEZ GUERRA, Luis (p. 32); PÉREZ VERA, Elisa (p. 34), RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, Myriam (p. 37) y RUÍZ-RICO RUÍZ, Gerardo (pp. 39 y 40). En *Encuesta sobre el Tribunal Constitucional*, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 53, 2024, pp. 13 a 115.

11. Solo desde la atalaya de la imparcialidad objetiva puede ser aceptada la función de árbitro y garante. En este sentido BILBAO UBILLOS, Juan María, «Encuesta sobre el Tribunal Constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 53, 2024, p. 21.

nal... o, por el contrario, queda en entredicho; y el prestigio se pierde a una velocidad infinitamente superior al tiempo que requiere conseguir ese crédito moral ante los pares y la opinión pública.

La lucha partidista ha llevado a lo largo de estas décadas a crisis sucesivas del alto Tribunal[12], a saber: dilaciones excesivas en la resolución de asuntos, recusaciones[13], acumulación de retrasos en la renovación, etc.[14] Es de infausto recuerdo el episodio que envolvió a la renovación en diciembre de 2022. Fue precedida de idas y vueltas a propósito de la función de nombramiento de los dos magistrados a propuesta del CGPJ y asistimos a la devolución de la función al CGPJ en *prorrogatio* después de su desapoderamiento funcional apenas un año antes[15], o a la tentativa de otras reformas legislativas a través de enmiendas «sorpresivas» y heterogéneas[16] que, de una parte, reformaron la LOPJ para el caso de no alcanzarse la mayoría de tres quintos —bastaría mayoría simple o voto de la presidencia para el desempate— o la supresión de la valoración de idoneidad por el propio Tribunal. La cadena de despropósitos azuzó la polémica. Tras al ATC 177/2022, que suspendió la tramitación parlamentaria de las enmiendas[17]

12. Una referencia a las distintas crisis anteriores del Tribunal Constitucional con especial referencia a la vivida entre 2004 y 2010 puede verse en FERNÁNDEZ FARRERES, German, «Sobre la designación de los magistrados constitucionales: una propuesta de reforma constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 105, 2015, p. 14.
13. Sobre las recusaciones y también sobre la responsabilidad de los miembros del Tribunal Constitucional en la gestión de su propia reputación cfr. MATIA PORTILLA, Francisco Javier, «Sobre la adscripción partidaria de los magistrados del Tribunal Constitucional y su invocación en el proceso», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 34, 2014, pp. 241 y ss.
14. Los supuestos de retraso sonado del Tribunal son numerosos. Me remito a RODRÍGUEZ-PATRÓN RODRÍGUEZ, Patricia, «Función y utilidad: un acercamiento distinto al problema de la politización del Tribunal Constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 49, 2022, pp. 277 a 280.
15. La LO 4/2021 limitó las funciones del CGPJ prorrogado y después la LO 8/2022, le devolvió la función de nombrar los dos magistrados del Tribunal Constitucional, con el fin de poder proceder a la renovación del tercio en el que los cuatro magistrados son nombrados a razón de dos por el Gobierno y dos por el Consejo General del Poder Judicial. La primera fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad de VOX que fue desestimado (STC 128/2023). Sobre el tema, véase RODRÍGUEZ-PATRÓN RODRÍGUEZ, Patricia, «Sobre la regulación del Consejo General del Poder Judicial en funciones», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 39, 2023, pp.
16. Enmiendas 61 y 62 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 (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, núm. 295-4, de 15 de diciembre de 2022).
17. Véase SIMÓN YARZA, Fernando, «Suspensión de la ley y recurso de inconstitucionalidad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 129, 2023, pp. 79-115.

—medida inédita—, los presidentes de Congreso y Senado reaccionaron con declaraciones institucionales de desaprobación radical, trasladando una imagen de conflicto institucional hasta entonces desconocida. Finalmente, *in extremis*, se alcanzó el acuerdo para la renovación del Tribunal Constitucional y el proceso de reformas legislativas quedó paralizado. Tras la batalla, el deterioro de la imagen del defensor de la Constitución era ya insalvable, al quedar manifiesta e indisimulada la lucha de los partidos por controlar la composición y colocar a «sus magistrados» a través del sistema de reparto de cuotas o *lottizzazione*.

Desde entonces no ha dejado de estar presente en la opinión pública la crisis de independencia o la percepción de instrumentalización política del Tribunal, ya sea por cómo se produjo la renovación, la opción por algunos perfiles o, después, tras su puesta en marcha en enero de 2023, por el cambio notable en las formas y también en la jurisprudencia acerca de cuestiones «de alta intensidad social y política». No han faltado filtraciones, cambios en la forma de abordar la comunicación de los fallos, anticipados a la redacción de la sentencia o separación de jurisprudencia anterior sin una justificación suficiente del *overruling*, en la separación del o la propia expresión tensionada entre la argumentación de la mayoría y los votos particulares.

Aunque no es nueva de este período, se ha normalizado la referencia a los bloques progresista-conservador en los medios de comunicación, que predicen el reparto de apoyos al fallo y votos particulares en las sentencias políticamente controvertidas; y lo que es más grave, ¡aciertan! Para mayor despropósito, no han faltado los supuestos en los que la discrepancia con el fallo o la argumentación se han trasladado a la opinión pública en términos de enfrentamiento en el seno del Tribunal por los propios magistrados en la fundamentación del fallo y los votos particulares[18]. En este punto de enfrentamiento el modelo italiano que no contempla votos particulares, resulta sugerente, aunque no falto de problemas.

Hay que decir que esta visión patológica no refleja la totalidad de la actividad del Tribunal Constitucional, que sentencia por unanimidad en no pocas ocasiones y que en la mayor parte de los asuntos no plantea conflicto, pero cuando lo hay con temas que generan división partidista trasciende de inmediato a la opinión pública. En este sentido, tampoco han ayudado las declaraciones de algunos políticos anticipatorias de resultados de sen-

18. Nuevamente recurro a la autoridad de TOMÁS Y VALIENTE, que afrontó también tiempos complejos: «la importancia de las deliberaciones y (..) la conveniencia de que éstas se prolonguen cuanto sea necesario para aproximar criterios, integrar argumentos, enriquecer la fundamentación y de ese modo evitar en lo posible fracturas internas». Véase TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *op. cit*, p. 19.

tencias o críticas descarnadas, sin ningún respeto a la actividad o el tratamiento de los medios de comunicación de la información relativa al Tribunal Constitucional[19]. Y la consecuencia es la pérdida de autoridad y prestigio ante la ciudadanía[20]. Pueden así apuntarse dos frentes distintos: la realidad de lo que ocurre y la imagen social fruto de la comunicación de los distintos actores.

En efecto, su posición *supra partes* y la condición de órgano de naturaleza jurisdiccional exige insistir en la necesidad de recuperar el prestigio, y para ello su independencia orgánica y la individual de quienes lo integran, tanto en el proceso de designación como en su actividad como jueces constitucionales. Pero también la responsabilidad en el tratamiento de la actividad del Tribunal y en general de los jueces especialmente por los responsables políticos. La suerte de la Constitución y de la Democracia Constitucional tiene una parte importante en el correcto desempeño de la función del Tribunal Constitucional, al menos en el diseño que nos hemos dado de justicia constitucional concentrada[21]. Conviene volver a la idea inicial de la justicia constitucional y quienes desempeñan la alta y complejísima función que le otorga la Constitución y su Ley Orgánica.

Como se anuncia en el título del epígrafe, volvamos a las raíces. En el nacimiento y consolidación del Tribunal Constitucional —tras el fracaso del Tribunal de Garantía Constitucionales de la II República— se produjo muy

19. El tema no es nuevo. A la responsabilidad de los medios de comunicación con mensajes «machacones» y perturbadores, campañas de desprestigio orientadas y abiertas manipulaciones se refirió en el contexto del juicio de constitucionalidad del Estatuto de Cataluña FERNÁNDEZ-MIRANDA, Alfonso, «Encuesta», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2010, p.31.

20. Como advierte con acierto RODRÍGUEZ-PATRÓN el problema se agrava cuando la falta de independencia deja de considerarse una patología a corregir para *normalizarse y asumirse como* si se tratara de un rasgo consustancial e inevitable de la jurisdicción constitucional. Y si esto es grave cuando se asume por los actores políticos, lo es más cuando se traslada de forma inconfesable al interior del propio Tribunal Constitucional. Cfr. RODRÍGUEZ-PATRÓN RODRÍGUEZ, Patricia, «Función y utilidad: un acercamiento distinto al problema de la politización del Tribunal Constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 49, 2022, pp. 269 y ss.

21. En expresión lacónica y certera de ARAGÓN REYES: «El futuro de la justicia constitucional no es otro, pues, que el futuro de la Constitución, que es lo mismo que decir hoy del Estado constitucional y democrático de Derecho», ARAGÓN REYES, Manuel, «El futuro de la justicia constitucional», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 23, 2019, p.14. Desde su establecimiento GARCÍA DE ENTERRÍA advertía, y así se ha confirmado, que es tal la responsabilidad del Tribunal Constitucional en el sistema jurídico y político que sus deficiencias ponen en crisis al sistema entero. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, «La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, p. 64.

superada la fase «experimental» y en pleno período expansivo de la justicia constitucional, tanto en Europa[22] como en América, con tal confianza en los tribunales constitucionales que se ha llegado a decir que el siglo XX fue el siglo de la justicia constitucional. El diseño español de Tribunal Constitucional tomó como referentes los modelos alemán e italiano[23] y se configuró como órgano soberano, propio, necesario e indefectible, «órgano constitucional supremo», con la clara pretensión de ejercer como órgano independiente de cualquier otro órgano, de especial dignidad y de significación integradora y única[24]. Así, su composición —quién elige y cómo— su organización, funciones y competencias y *status* de sus miembros fueron objeto de regulación directa por la Constitución, mostrando la voluntad constituyente de esculpir en el texto fundamental —más que en la ley orgánica de desarrollo— un modelo de Tribunal Constitucional[25].

En el discurso de instalación del Tribunal Constitucional, García Pelayo se refirió como función propia del Tribunal a la salvaguarda de la división de poderes, preventiva de la degeneración del sistema. Por eso fue ideado y diseñado como órgano constitucional decisivo y supremo: órgano que tiene la última palabra. Y, adelantando los riesgos, advirtió que la primera división de poderes que está llamado a salvaguardar en defensa de la Constitución es entre poder constituyente y poder constituido, sin que la invocación del principio democrático presentista pueda desdibujar dicha división.

Así la función del Tribunal Constitucional y su razón de ser no es otra que lograr que la política actúe con sumisión al Derecho, y no al revés, es decir que el Derecho y la Constitución queden configuradas por la voluntad política. Por eso, el primer presidente, aún con la página en blanco en esa misma sesión constitutiva del Tribunal, señalaba lo siguiente: «(...) la jurisdicción constitucional es un desarrollo lógico y un perfeccionamiento técnico de la idea de Estado de Derecho, esta jurisdicción implica necesaria-

22. Una síntesis provechosa que sigue teniendo interés es la de FAVOREU, Louis, *Los tribunales constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1994 (traducción de la 2.ª edición francesa de 1992)
23. ARAGÓN REYES, Manuel, «Del Tribunal Constitucional. Comentario introductorio al Título IX», *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, (Dir. ALZAGA VILLAAMIL, Óscar), Tomo XII, EDERSA, Madrid, 1999, p. 34.
24. Así GARCÍA PELAYO, Manuel, en su Discurso con motivo de la constitución del primer Tribunal Constitucional, *El Tribunal constitucional*, Servicio Central de Publicaciones, Presidencia del Gobierno, 1980, pp.13 y ss.
25. GARCÍA-PELAYO, Manuel, «El «status» del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, vol., 1, enero-abril 1981 p. 14.

mente un alto grado de sumisión de la política del Derecho. *Asegurar esta sumisión y no producir decisiones políticas en forma jurisdiccional es la delicada y alta tarea que se nos ha encomendado*»[26]. Pero esto exige la leal colaboración de los órganos y actores políticos y también de los propios magistrados individualmente y en colegio, que pueden preservar la imagen de neutralidad o reforzar la visión política con sus acciones, omisiones, votaciones y expresiones «deslegitimantes» vertidas en sentencias y votos particulares[27] o manifestaciones públicas de los magistrados.

Creo que no es excesivo hablar de un antes y un después en la estima social del Tribunal Constitucional. Un momento crítico para su imagen fue el episodio del Estatuto de Cataluña, en concreto, la prolongación de la deliberación, las presiones de los medios, en fin, la instrumentalización de algunos aspectos de la reforma de la LOTC en 2007, que supusieron una crisis evidente de imagen para el Tribunal Constitucional[28]. Hoy es innegable que la LO 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social de Cataluña[29] vuelve a colocar al Tribunal Constitucional en el punto de mira.

Es expresiva de la tensión actual, por insólita, la nota informativa del Presidente del Tribunal Constitucional defendiendo la independencia e imparcialidad de los magistrados, con petición dirigida a los representantes públicos de respeto a la legalidad y a las resoluciones emitidas y exhortando a «evitar las descalificaciones públicas de los demás poderes, que solo contribuyen a debilitar la fortaleza del conjunto del sistema (...)»[30].

Vayamos a la cuestión de la selección de magistrados partiendo de las raíces y reformas a la aplicación y derivas de las previsiones constitucionales e infraconstitucionales.

---

26. GARCÍA PELAYO, Manuel, *El Tribunal Constitucional*, *op. cit*., 1980, pp. 19 y 20.
27. Sobre la crisis del Tribunal Constitucional y su politización (factores externos, pero también internos) me remito al trabajo de RODRÍGUEZ-PATRÓN RODRÍGUEZ, Patricia, «Función y utilidad: un acercamiento distinto al problema de la politización del Tribunal Constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 49, 2022, pp. 269 y ss.
28. Considero oportuna la referencia a la «Encuesta sobre la renovación del Tribunal Constitucional», *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2010, pp. 13-90.
29. BOE, núm. 141, 11 de junio de 2024.
30. Nota informativa núm. 82/2023, de 19 de octubre. Disponible en la web del Tribunal Constitucional chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2023_082/NOTA%20INFORMATIVA%20N%C2%BA%2082-2023.pdf (consultada el 5 de agosto de 2024).

2. PATOLOGÍAS EN EL PROCESO DE SELECCIÓN DE LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2.1. PROCESO DE DESIGNACIÓN: PERVERSIÓN Y REFORMAS DE PARTE

El art. 159 CE abre el Título IX y regula la composición del Tribunal de forma concreta, detallada y prolija si se compara con otros textos constitucionales europeos[31]. Toma como referencia los modelos de las Constituciones alemana, italiana y, en menor medida, la francesa[32] Fija un número par de doce miembros[33] —que tiene ya sus consecuencias en el perfil de la presidencia[34]—; es un número ajustado comparativamente (quince magistrados la Corte italiana y dieciséis el Tribunal Constitucional alemán), desde luego, mucho más reducido que el del malparado Tribunal de Garantías de la Segunda República (veintiséis miembros)[35].

El constituyente previó la renovación por tercios cada tres años en tres bloques de cuatro: Congreso, Senado —por mayoría reforzada de tres quintos— y Consejo General del Poder Judicial y Gobierno, dos y dos, respectivamente. El nombramiento, por Real Decreto —Decreto del Rey— solemniza y completa este proceso de integración de poderes. En términos de

31. Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, «Art. 159. La composición del Tribunal Constitucional», en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo XII, EDERSA, Madrid, 1999, pp. 65 a 67. Si bien se han hecho propuestas que pueden mejorar la fórmula de selección de magistrados, hay problemas que no se corrigen con reformas de la letra de la ley, pues son las aplicaciones por los partidos las que han dañado el modelo diseñado por el constituyente. Sobre este punto y diferentes alternativas, especialmente el modelo americano, es provechosa la lectura de SIMÓN YARZA, Fernando, «La composición de la justicia constitucional en perspectiva comparada (en especial con relación a Estados Unidos)», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 31, 2013, pp. 357 y ss.

32. GARCÍA ROCA, Javier, «La selección de los magistrados constitucionales, su estatuto y la necesaria regeneración de las instituciones». *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 15 (2012), p. 2.

33. El doce es un número cargado de simbolismo: doce tribus de Israel, meses del año y dioses del Olimpo o, en fin, la versión secularizada del consejo apostólico. Se interpreta como número de armonía, perfección y plenitud. Suena irónico en el actual contexto, pero, en fin, como dato para buscar la tendencia a la armonía y hacer un colegio de los mejores, puede servir el apunte.

34. Aparte del papel de dirección interior de funcionamiento del Tribunal, la presidencia tiene voto de calidad en caso de empate. Sobre el tema SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando, «El voto de calidad del presidente del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 85, 2009, pp. 201-211.

35. La Ley Orgánica de 1933 que desarrolló el Tribunal de garantías Constitucionales fijó un número mucho más amplio: un presidente y veinticinco vocales; por su parte los números de los Tribunales próximos se sitúan en 15 (Italia), 9 Francia 13 Portugal o 16 en Alemania. Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *op. cit*., p. 73.

Derecho comparado la regulación constitucional del mecanismo de designación presenta un carácter más concreto y de detalle (así, al recoger la mayoría cualificada o la cualificación profesional requerida de tres quintos, que en las Constituciones de los países europeos no suele estar constitucionalizada)[36].

La fórmula integrada y plural de designación es exclusiva del Tribunal Constitucional, pues no hay otro órgano que en el diseño prevea una intervención de todos los órganos constitucionales presentes en la división vertical del poder del Estado. Con ello el constituyente buscó dotarlo de una dignidad y prestigio a la altura de su función, que diera espacio a la extracción democrática y al tiempo lo preservara de la partitocracia a través de una mayoría reforzada que favoreciera el consenso entre fuerzas parlamentarias[37]. También el desarrollo posterior fue prioritario y animado por una visión integradora del Tribunal Constitucional (LO 2/1979, de 3 de octubre)[38].

Es de recordar que años más tarde, consciente de la importancia de la elección de los magistrados, el propio Tribunal Constitucional señaló que esta función «*tiene una dimensión de deber constitucional y de deber institucional que se relaciona con la lealtad constitucional*» (STC 49/2008, FJ 6). Y así, todos los requisitos de designación, nombramiento y tiempos deben orientarse a reforzar la legitimidad de la institución y su independencia. El Tribunal no es un órgano de carácter representativo y la independencia es una nota central de su posición constitucional (art. 1.1. LOTC), imprescindible para el ejercicio de su función jurisdiccional. La previsión de renovación por tercios y cada tres años por mandatos de nueve años se incorpora, precisamente, con la finalidad de disociarse de los tiempos de las Legislaturas[39]. Por eso, los retrasos en la renovación, tan frecuentes como patológicos, van más allá de un retardo en el cumplimiento de la previsión constitucional[40]

36. El mismo TC se hace eco de esa nota de regulación detallada en la STC 49/2998, FJ 6.
37. Se refiere a la diferencia entre consenso y reparto de cuotas VIDAL FUEYO, Camino, *El Tribunal Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2022, p. 29.
38. Una de las funciones del TC era proteger la Constitución y servir a la continuidad del consenso constitucional. Por desgracia para nuestra democracia, el propio Tribunal ha sido víctima de la falta de lealtad a esa idea de consenso con la quiebra del acuerdo en las sucesivas reformas de la LOTC.
39. Crítico con la renovación por tercios que mantiene permanente la batalla política por las magistraturas entre las fuerzas políticos CRUZ VILLALÓN, Pedro, «El estado del Tribunal Constitucional», *Claves de Razón Práctica*, núm. 191, 2009, p. 8.
40. A propósito de esto, FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, ha defendido el cambio de modelo: renovar según se produzcan las vacantes. Véase «Sobre la designación de los magistrados constitucionales: una propuesta de reforma constitucional», *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 105 (2015), pp. 13-49.

y —si nos ajustamos a la citada jurisprudencia constitucional— suponen incumplimiento del deber y falta de lealtad constitucional. En la interesada gestión de los tiempos, se ha llegado a forzar la continuidad en la presidencia cuando se entrecruzaban intereses políticos, o se han retrasado durante años, hasta que se han provisto las candidaturas de acuerdo con el pervertido sistema de «*lottizzazione*», con trueque de puestos y respectivas cesiones de desbloqueo en las listas de propuestos[41]. Hasta aquí nada que no sea conocido, pero en lo que es necesario insistir para la superación de la dinámica.

La Constitución exige para ser nombrado magistrado poseer una cualificación específica: los candidatos han de elegirse entre Magistrados, Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos o Abogados, en todo caso, juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional (art. 159. 2 CE).[42] Este exceso de detalle en relación con los perfiles de los magistrados es llamativo. Ni la Constitución alemana ni la ley que desarrolla lo relativo al Tribunal Constitucional alemán precisan tanto ni tampoco otros textos constitucionales próximos. Se puede conjeturar con que el constituyente pretendió colocar la venda antes de la herida y favorecer desde el principio un Tribunal Constitucional de altura técnica, que permitiera presumir la altísima cualificación la libertad de criterio de los magistrados constitucionales sumando estos tres quintos de apoyos parlamentarios.

Pero hay que reconocer que el sistema de partidos y su funcionamiento ha pervertido el espíritu del proceso. En la práctica, el reparto de candidatos entre los dos partidos políticos con más representación parlamentaria ha viciado el espíritu de los nombramientos, sometiéndose a sus intereses y es una buena síntesis la sentencia «una cosa es el consenso y otra muy distinta

41. Nuevamente me remito a la completa crónica de FERNÁNDEZ FARRERES, G*ermán, op. cit*., pp. 32 y ss.

42. A diferencia de este nivel de detalle, para ser magistrado del Tribunal Constitucional alemán no se exigen en la Constitución otros requisitos de cualificación que cumplir con los necesarios para la judicatura, además los profesores que ostentan una cátedra en una Universidad alemana cuentan con esta capacidad. Tres magistrados de cada una de las salas son elegidos entre los Tribunales Superiores de la Federación donde han debido servir un tiempo mínimo de tres años. Véase el *Estudio sobre el Tribunal Constitucional Federal* en la serie «El papel de los tribunales constitucionales en la gobernanza multinivel», Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (2016). Información en abierto consultada el 10 de septiembre de 2024 chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/593504/EPRS_STU(2016)593504_ES.pdf

el reparto de *cuotas*»[43]. En este sentido, las normas pueden formalmente respetarse, pero si se corrompe la «filosofía institucional»[44] es imparable el deterioro de la institución. Se alimenta la sospecha de buscar perfiles «obedientes» a las instrucciones de los partidos que cumplirán formalmente con las condiciones exigidas para ser propuestos magistrados, sobre los que en no pocos casos se propicia desde el nombramiento la falta de apariencia de neutralidad e imparcialidad y se convierten en magistrados con *perfil* «politizado»[45]. De esta forma, el problema que afecta a la composición no es tanto una cuestión tanto de letra sino de aplicación de las reglas por los partidos políticos.

Con intereses distintos, la designación de magistrados ha sido objeto de varias reformas, pero sin consenso. Han sido reformas de una parte del hemiciclo contra otra. La LO 6/2007 incorporó dos novedades en la elección de los magistrados, que han resultado poco o nada relevantes: una en relación con los propuestos por el Senado y un mecanismo para la valoración de la idoneidad de los magistrados (art. 16.2 LOTC) que prevé las comparecencias ante las Comisiones de las cámaras cuando les corresponda la designación de magistrados. En fechas muy recientes se ha aprobado la reforma para garantizar la presencia equilibrada de mujeres y hombres de forma que las propuestas de nombramiento incluyan un mínimo de un 40% de cada uno de los sexos[46].

---

43. VIDAL FUEYO, Camino, *El Tribunal Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2022, p. 29.
44. AGUADO RENEDO, César, «Encuesta sobre el Tribunal Constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 53, 2024, p. 18.
45. En términos contundentes se expresa AGUADO sobre este aspecto central, que es hoy la mayor crítica al Tribunal Constitucional: «No constatar que las exigencias constitucionales de los candidatos se cumplen realmente o ignorar la exigencia elemental de la no politización, conlleva el consiguiente reproche acerbo, en particular de la comunidad jurídica, sobre el TC resultante del conjunto de quienes lo componen y sobre los órganos proponentes de candidatos que incurren en ese modo de proceder. De ello se resiente, y mucho, todo el sistema, y genera una amarga hilaridad como respuesta al cinismo de quienes, siendo objeto de tal reproche, pretenden escudarse en que han cumplido formalmente con la Constitución». Cfr. AGUADO RENEDO, César, Encuesta sobre el Tribunal Constitucional, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 53, 2024, pp. 19-20.
46. LO 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres (BOE, núm. 186, de 2 de agosto de 2024). Esta reforma no es de menor importancia práctica, pues va a afectar inevitablemente a la selección de perfiles. A partir de la próxima renovación del Tribunal entiendo que caben dos opciones: la primera es que, dado que son bloques de cuatro, cuatro, dos y dos, la renovación sea siempre al 50% de hombres y mujeres, o que, se parta de la composición restante del Tribunal a efectos de garantizar esa regla de 40 mínimo de representación de cualquiera de los sexos.

La reforma de 2007 dio entrada a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas[47]. Esta novedad fue incorporada a través de una enmienda transaccional y quiso recoger una reivindicación «territorial» que permitiera a las Comunidades Autónomas participar en la designación de magistrados del Tribunal Constitucional. De entrada, fue un error que esta reforma se hiciera sin consenso y por esta vía de la enmienda transaccional, que dio lugar a un proceso de inconstitucionalidad ante el órgano reformado. En el desarrollo posterior el art. 184.7 del Reglamento del Senado en 2007[48], para adaptarlo a la nueva regulación, tampoco hubo acuerdo y también la reforma reglamentaria fue objeto de otro recurso de inconstitucionalidad[49]. En fin, huelga decir que lo razonable es que las reformas del Tribunal Constitucional fueran objeto de un pacto de Estado y no de una reforma enfrentada que traslada la imagen de intento de colonizar el control del Tribunal Constitucional.

Evidentemente, a las candidaturas de las Asambleas Legislativas de las CCAA les es de aplicación la exigencia dirigida a los Grupos parlamentarios de acreditar que los magistrados propuestos cumplen los requisitos exigidos del art. 159.2 CE. Por eso, las propuestas autonómicas deben acompañarse de la relación de méritos profesionales y circunstancias que acrediten su idoneidad. Completada la fase autonómica —de la que salen hasta dos nombres de cada Parlamento autonómico— comienzan las comparecencias ante la Comisión de Nombramientos del Senado, que debe elevar al Pleno de la Cámara una propuesta con tantos candidatos como puestos a cubrir.

Sin embargo, esta reforma ha tenido más de cosmética que otra cosa, pues, de una parte, la propuesta de las Asambleas territoriales no resulta vinculante para la Cámara Alta, que puede desconocer los nombres propuestos por las CCAA y las sesiones sobre la idoneidad de los perfiles, se

47. Refiere BAAMONDE GÓMEZ las reticencias de la doctrina mayoritaria italiana «una intervención directa de los territorios plantearía legítimas dudas de encaje con un mandato (...) al que no se le puede dotar de naturaleza representativa». Cfr. BAAMONDE GÓMEZ, Laura, «Magistrado constitucional», *EUNOMIA. Revista en Cultura de la legalidad*, núm. 23, 2022, p. 260.

48. Reforma del Reglamento del Senado (BOE núm. 284, de 27 de noviembre de 2007). Esta reforma fue también objeto de un recurso de inconstitucionalidad desestimado por la STC 101/2008.

49. La reforma fue objeto de recurso de inconstitucionalidad, entre otros aspectos, considerando que suponía el desapoderamiento del Senado, de la función constitucional de propuesta, hecho a través de LO y no del Reglamento de la Cámara. Sin embargo, el Tribunal Constitucional en la Sentencia 49/2008 entendió que no era un desapoderamiento, pues la facultad de propuesta última correspondía al Senado, aunque se diera entrada en la fase inicial a los parlamentos Autonómicos (FJ 9) y 101/2008, a propósito de esta reforma, Sobre esta el particular véase RODRÍGUEZ-PATRÓN RODRÍGUEZ, Patricia, «El Tribunal Constitucional ante la reciente reforma de los artículos 16 de su Ley Orgánica y 184 del Reglamento del Senado», *Revista de Derecho Político*, núm. 77, 2010, pp. 107-140.

hacen con cartas marcadas, pues los dos partidos han pactado los nombres, con lo cual no deja de convertirse en una representación teatral de nula eficacia. Es el «*teatrillo parlamentario de la idoneidad*».

Por último, la propuesta de los dos magistrados por parte del Consejo General del Poder Judicial está regulada en el art. 599 de la LOPJ 6/1985, que ha sido modificada por la LO 8/2022, de 27 de julio, para permitir que el CGPJ en funciones pueda nombrar magistrados del Tribunal Constitucional y limitar el tiempo de que el CGPJ dispone para esta renovación: tres meses a contar del vencimiento del mandato anterior. Son cambios menores con un triple objetivo: evitar periodos prolongados sin renovar, entrada en la selección de una «sensibilidad autonómica» e incorporación de comparecencias parlamentarias. Pero la cuestión es si han servido estas reformas para mejorar los perfiles de los magistrados del Tribunal Constitucional. En todo caso, han sido reformas divisorias que han terminado en algunos casos enjuiciadas ante el propio Tribunal Constitucional, lo que es un despropósito para la institución y, por otra parte, a la vista de la actualidad parece que no han servido para reforzar la imagen del Tribunal. Veámoslo.

2.2. SOBRE EL VALOR DE LAS COMPARECENCIAS PARLAMENTARIAS COMO PROCEDIMIENTOS DE ESTIMACIÓN DE LA IDONEIDAD

2.2.1. Previsión de las comparecencias antes las Comisiones de Nombramientos

En primer lugar me fijo en la reforma de 2007, que incorporó un procedimiento parlamentario de valoración de la idoneidad de los magistrados ante las respectivas Comisiones parlamentarias, a través del art. 16.2 LOTC*: «los candidatos propuestos por el Congreso y por el Senado deberán comparecer previamente ante las correspondientes Comisiones en los términos que dispongan los respectivos Reglamentos».* Hay que decir que los reglamentos parlamentarios ya la habían establecido antes para el nombramiento de personas por las Cámaras. En todo caso, la novedad no plantea problemas de constitucionalidad e incluso podría valorarse, en principio, como «oportuna y, adecuada»[50], aunque, como veremos, en la práctica ha resultado una formalidad vacía de contenido[51].

50. Así lo consideró en su día ARAGÓN REYES, Manuel, «La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm. 85, 2009, p. 16.

51. CRUZ VILLALÓN, Pedro «El estado del Tribunal Constitucional», *Claves de Razón Práctica*, núm. 191, 2009, p. 11.

El procedimiento de valoración de la idoneidad se regula en el Título XII del Reglamento del Congreso — «De las propuestas de nombramiento y de la designación de personas» (arts. 204 a 206)—. Las propuestas de designación corresponden al Pleno de la Cámara y cada Grupo Parlamentario puede proponer hasta un máximo de cuatro candidatos. Los Diputados pueden votar hasta cuatro nombres. Resultan elegidos aquellos que hayan obtenido el respaldo de al menos tres quintos de los votos. En caso de empate se someten a votación las propuestas de los que hubieran obtenido igual número de votos (art. 204). Para los trámites previos a la votación se dictó la Resolución interpretativa de la Presidencia del Congreso —de 25 de mayo del 2000[52] — relativa a la intervención de la Cámara en el nombramiento de Autoridades del Estado, que sigue a la espera de la reforma del Reglamento del Congreso sobre la previsión de un órgano parlamentario de naturaleza consultiva, integrado por los representantes de los Grupos parlamentarios, cuya función es *informar al Pleno acerca de la idoneidad de las personas propuestas para acceder a los diferentes cargos*, previa comparecencia personal ante la Comisión. ¡Hace casi veinticinco años y sigue sin regularse!

Hay que señalar que nuestro modelo está lejos del estadounidense de «*hearings*» que otorga al Senado americano un *poder de contraposición*, preventivo de la tentación de abusar de la capacidad de nombramiento presidencial y que consiste en sistema de «*advice and consent*». Recuérdese que es desde 1939 cuando en el modelo americano los candidatos propuestos son sometidos al escrutinio parlamentario y público —mediático— para valorar su idoneidad y que la evolución ha convertido en una pista de circo el procedimiento, llegando a alcanzar la crueldad con los candidatos sometidos a este proceso. Esta transformación hacia *hearings* «agresivos», que no es paradigmática, puede terminar proyectando un efecto disuasorio para potenciales y meritorios candidatos que descarten someterse al espectáculo en que se han convertido los *hearings*[53].

En España, el modelo de comparecencia ante las Comisiones de nombramientos presenta otro perfil —podríamos decir que en el extremo opuesto— si se compara con el modelo americano *de contraposición*. Se ha

52. *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Sección Congreso de los Diputados*, Serie D, núm. 20, de 26 de mayo de 2000.

53. Una excelente síntesis sobre el origen norteamericano de modelo de comparecencias ante el Senado de los candidatos propuestos al Tribunal Supremo por el presidente de los Estados Unidos es el de SIMÓN YARZA, F., «La composición de la justicia constitucional en perspectiva comparada (en especial, con relación a Estados Unidos)», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 31, 2013, pp. 357-390.

llamado *modelo de consenso*[54], predominante en Europa[55] y orientado a favorecer el acuerdo y dar entrada a las Cámaras en el nombramiento, pero sin ese perfil de ataque a los candidatos del sistema norteamericano y, por tanto, conforme a ese espíritu inicial de «dignificar» y contribuir al prestigio de los Tribunales Constitucionales. Eso, al menos, en la idea inicial del diseño.

Pero, como ya he adelantado y es punto indiscutido, el modelo de consenso hace décadas que fue desplazado por el reparto de cuotas, en el que los dos partidos mayoritarios, en los últimos tiempos, incluso ha renunciado al posible bloqueo de candidatos que pudieran suscitar dudas en cuanto a la idoneidad y votan mirando para otro lado.

Insisto en que estos procedimientos parlamentarios de Comparecencias de los candidatos en España, hasta la fecha, aunque pueden verse publicados en el Diario de Sesiones, adolecen de inanidad, pues las cuotas negociadas *extra* parlamentariamente, han dejado las comparecencias parlamentarias en un, teatrillo, un trámite carente de interés[56] reflejo por otra parte de una devaluación imparable de la institución parlamentaria[57]. Podrían recuperarse con alguna utilidad si hubiera voluntad política. Una muestra clara de lo que ocurre queda en los Diarios de Sesiones que recogen el desarrollo de esas comparecencias.

54. *Ibidem*, p. 372.
55. También en Alemania el modelo busca favorecer el consenso más amplio en la designación de magistrados, por mitades en el *Bundestag* y *Bundesrat* por mayoría de 2/3, que, frente al modelo americano, en el *Bundestag* imponen el secreto en la deliberación. Esta nota evita el desgaste y la exposición de los potenciales candidatos, que pueden salir «dañados en su imagen» en el proceso, y se preserva así el prestigio de los magistrados que finalmente resulten designados. También es de sumo interés el procedimiento de listas anticipadas de posibles magistrados que cumplen los requisitos, puestas a disposición del Ministerio de Justicia por los grupos parlamentarios, y que se remiten una semana antes de la elección a los presidentes de las Cámaras respectivas. Una síntesis del proceso alemán puede verse en el citado trabajo de SIMÓN YARZA, F., *op. cit.*, p. 374.
56. Sobre la «anomalía institucional», la amenaza que supone para la democracia y la necesidad de recuperar el consenso, véase CARMONA CONTRERAS, Ana, «Control parlamentario y designación de órganos constitucionales en España: teoría y práctica», núm. 113, *Revista de las Cortes Generales,* pp. 261 y ss.
57. Me permito la remisión a la obra colectiva *El Parlamento a debate en un tiempo nuevo*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2023 en la que el profesor ARAGÓN REYES habla en su epílogo de la situación de ruina de la institución parlamentaria, p. 276. No escapa este procedimiento de comparecencias a la inanidad que aqueja al Parlamento de nuestro tiempo.

2.2.2. Desarrollo de las comparecencias*: la idoneidad «pactada»*. Un trámite parlamentario devaluado por el sistema de «cuotas»

En primer lugar, los nombres de los candidatos a magistrados se proponen por los grupos parlamentarios. La función de las Comisiones es la *verificación de los requisitos legalmente establecidos, y* así se viene aceptando; es decir, la *idoneidad que* se valora se refiere al cumplimiento de los *mínimos reglados*. El proceso comienza con la intervención de los candidatos, que exponen su trayectoria vital-profesional y de los méritos de su *curriculum*. Normalmente la presentación se centra no solo en la trayectoria profesional para mostrar que cuenta con la condición de *jurista de reconocida competencia* con al menos quince años de experiencia profesional, sino también con detalles de sus estudios, vida familiar, su vocación por el Derecho o las conexiones que pueden justificar la específica cualificación, su perfil político si lo hubiera para minimizarlo o convertirlo en un posible mérito o, en fin, su sensibilidad por los problemas sociales y, en algunos casos, el compromiso con la democracia constitucional. A esta presentación sigue el turno de preguntas-intervenciones de los miembros de la respectiva Comisión de nombramientos que, haciendo gala de la cortesía parlamentaria —aunque no siempre—, agradecen y felicitan a los comparecientes, llegando a caer en el género de la loa, especialmente por parte de los representantes de los partidos que respaldan las respectivas candidaturas. Pero interesa fijar la atención en lo que ocurre con los representantes parlamentarios que han quedado fuera del sistema de reparto de cuotas. La crítica se hace fundamentalmente a la dimensión de la *idoneidad que* debería completar las garantías de un perfil independiente, imparcial, frente al procedimiento de acuerdo extraparlamentario. Así se refleja en algunas de las intervenciones de los miembros de la Comisión, que la cuestionan abiertamente, sea por la vinculación de los candidatos propuestos a las familias políticas u otras conexiones que permiten apuntar a una posición de candidaturas interesadas. No falta la referencia de algunos diputados a la inutilidad del trámite que se tilda de paripé, en el que «se viene a dar un masaje a los nombres ya pactados»[58]. En el caso de los representantes de los partidos proponentes, la regla es el «no veto» a los candidatos que llegan a esta fase, con lo cual tampoco se produce un requerimiento de mayor información y se limita a un anuncio de apoyo, aunque a veces vaya acompañado del cuestionamiento de la apariencia de independencia del propuesto por el partido que también participa en el reparto. En el caso de los candidatos del Senado, como se proponen más por provenir de las asambleas autonómicas, la

58. No tienen desperdicio las intervenciones de los parlamentarios que no participan del acuerdo de nombres. Pueden verse, por ejemplo, en el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 526, 2 de noviembre de 2021.

exposición es de escucha respetuosa, felicitación por los méritos y agradecimiento, pero sin más recorrido[59].

Sobre este punto BILBAO UBILLOS señala que «ni siquiera se toman en serio la comparecencia ante la Comisión de nombramientos del Congreso o el Senado que se insertó en el procedimiento parlamentario de designación en 2007, un trámite que se despacha con un breve debate de guante blanco»[60]. Lo califica de «componenda» muy alejada con la elección de lo que fueron los primeros magistrados del Tribunal Constitucional, que buscaba «a los mejores». La preferencia por los afines en lugar de la máxima solvencia ha devaluado un modelo tendencialmente meritocrático[61].

No creo que el modelo sea el de los *hearings* del Senado estadounidense, pero tampoco parece que lo sea este modelo de Comisiones de nombramientos anuladas por los acuerdos previos de los partidos político en el reparto de las magistraturas, en que los parlamentarios no encuentran ni siquiera su papel en esta representación, que se limita a dar cobertura al acuerdo extraparlamentario conocido: «yo te presto los votos que necesitas para sacar a los tuyos, tú me prestas los tuyos para sacar a los míos»[62].

3. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL VALIDANDO A LOS SUSTITUTOS Y EL INTENTO DE CONTROLAR AL ¿CONTROLADOR?

La letra g) del apartado primero del art. 2 LOTC establece que corresponde al Tribunal constitucional en los términos que la Constitución y la ley establecen conocer «de la verificación de los nombramientos de los Magistrados del Tribunal Constitucional, para juzgar si los mismos reúnen los requisitos requeridos por la Constitución y la presente Ley». Más adelante, el art. 10.1 letra i) de la LOTC atribuye al Pleno del Tribunal Constitucional el trámite de verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos (control de idoneidad).

59. Por todos, se puede corroborar esta conclusión en el Diario de Sesiones de las Cortes Generales (Senado) que recoge las distintas comparecencias de los candidatos a magistrados o magistradas, su exposición de *Curriculum vitae* y las intervenciones que siguen de los parlamentarios. (BOCCGG, sección Senado, núm. 64, de 28 de febrero de 2017).

60. BILBAO UBILLOS, Juan María, *Encuesta sobre el Tribunal Constitucional*, Teoría y Realidad Constitucional, núm. 53, 2024, p. 22.

61. *Ibidem*, p. 21.

62. Con esta crudeza lo sintetiza CRUZ VILLALÓN, Pedro, «El estado del Tribunal Constitucional», *Claves de Razón Práctica*, núm. 191, 2009, p. 8.

Hasta la fecha no se ha planteado que este pleno gubernativo haya rechazado a ningún magistrado de los propuestos, sin perjuicio de la mayor intensidad de los debates en el seno del Tribunal. Es de recordar la división que planteó la valoración del cumplimiento de los requisitos por parte del magistrado Enrique López. En efecto, el magistrado, cuyo nombre había estado rechazado —vetado— en propuestas anteriores por el PSOE, fue nombrado en 2013 por el Gobierno del Partido Popular. La discusión en cuanto a su idoneidad estaba relacionada con el cómputo del plazo mínimo exigido en relación con el ejercicio de la función jurisdiccional, dado que sin alcanzar los quince años de dedicación a dicha función había sido nombrado vocal del Consejo General del Poder Judicial. La valoración de su idoneidad por el Tribunal Constitucional partió por la mitad al Pleno. La cuestión se dirimió por el voto de calidad del presidente del Tribunal Constitucional, a la sazón, Pascual Sala, que inclinó la balanza a favor de reconocer la idoneidad del magistrado. Cabe preguntarse ¿cuáles habrían sido las consecuencias de una declaración del Tribunal Constitucional de rechazo de la idoneidad? Si bien es un trámite preceptivo, pues lo exige la LOTC, no tiene carácter vinculante, pues de ser así, se daría una facultad de veto al Tribunal sobre los nombramientos que la Constitución atribuye a otros órganos. Cuestión distinta es la repercusión interna en el propio colegio de magistrados y la externa de la imagen del propio Tribunal Constitucional.

Este trámite de la idoneidad intentó suprimirse derogando los dos preceptos de la LOTC que establecen esta previsión. Pero hay que señalar que aquella iniciativa fue más una amenaza que una propuesta, ya que se incorporó en el contexto ya referido de tensión por la renovación pendiente de magistrados en diciembre de 2022 a través de una polémica enmienda (enmienda 62) en la elaboración legislativa de una proposición de ley orgánica sin conexión con la materia[63], que dio lugar a que Tribunal Constitucional adoptara la medida cautelar de suspensión de la tramitación de esta enmienda y la 61 (ATC 177/2022). Como quiera que después se produjo el

63. En la Justificación de la enmienda, los grupos proponentes —Socialista y confederal de Unidas Podemos—En Comu Podem y Galicia en Común— se refieren a que el requisito no viene exigido en la Constitución, no se da para otros órganos, rompe la presunción de cumplimiento de la legalidad, que tiene otros cauces de exigencia y control jurisdiccional. Lo califican de trámite legal «disfuncional». Además —justifican los grupos— puede propiciar el bloqueo de los nombramientos si no se alcanza el de magistrados o, por cualquier causa, se aplaza sine die la celebración del Pleno para la valoración de la idoneidad. *BOCG, Congreso de Diputados*, XIV Legislatura, de 15 de diciembre de 2022.

acuerdo para la renovación, el tema no ha tenido más recorrido y, sin embargo, hay que repensarlo: ¿debería tener un efecto obstativo para el nombramiento la oposición del Tribunal? ¿Bastaría la oposición de la mitad de los magistrados? ¿debería estar razonada?

A mi juicio, y en una reflexión sobre el proceso, si es que tiene sentido este trámite, no se encuentra situado en el mejor punto de la secuencia temporal del proceso de designación de magistrados. En mi opinión, es un juicio de idoneidad que podría tener un valor en la mejora del proceso extendido a potenciales candidatos y situado antes y sin la inminencia de las renovaciones para la selección de perfiles que incorporar para la renovación, más en la línea de listas del modelo alemán o de la ABA (*American Bar Association*).

En efecto, llevar al Tribunal en ese extremo a pronunciarse sobre los candidatos en la fase última previa al nombramiento es ponerlo entre la espada y la pared. Vayamos a un caso reciente de crisis: el nombramiento del exministro de Justicia Juan Carlos Campo. Este obtuvo la verificación de requisitos de idoneidad por unanimidad del Pleno del Tribunal Constitucional (Nota Informativa núm. 107/2022, de 29 de diciembre). El nombramiento y también el acuerdo del Tribunal fueron objeto de un recurso contencioso-administrativo del partido político VOX. que fue desestimado por el Tribunal Supremo por la STS de 14 de febrero de 2024. En lo que interesa aquí subrayar, los recurrentes alegaban entre otros argumentos la insuficiencia de la motivación del Tribunal Constitucional en relación con los requisitos de idoneidad en la sesión de valoración de la candidatura de 29 de diciembre de 2022 que, tras la que el Pleno gubernativo, se limitó a trasladar que los candidatos reunían los requisitos exigidos. La Sentencia de 14 de febrero de 2024 señala que, superados los requisitos reglados de idoneidad, no le corresponde supervisar el control de fondo que haya realizado el Tribunal Constitucional, que legítimamente puede limitarse a comunicar su valoración positiva o negativa. La Sala del Tribunal Supremo es contundente en su afirmación: «*no podemos, pues, revisar, ni, mucho menos, sustituir el juicio del supremo intérprete de la Constitución*». Me interesa destacar dos aspectos que pueden extraerse de la sentencia: uno) el juicio de verificación de requisitos realizado por el Tribunal Constitucional no es susceptible de control jurisdiccional y dos) sólo podría controlarse la ausencia del cumplimiento de los requisitos legales. El voto particular es concurrente en este punto con la mayoría de la Sala. Considero que la sentencia acierta en el planteamiento, pues, lo contrario —salvando el control de los requisitos reglados— sería disfuncional en el sistema de designación de magistrados.

4. CONSIDERACIÓN FINAL: SOBRE EL CONCEPTO DE IDONEIDAD Y SU APLICACIÓN A LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. UNA PROPUESTA DE MÁXIMOS

Resulta amargo terminar con tono crítico y la identificación de lo que no funciona, de lo pudo ser y no fue. Pero queda lo que puede ser. Por eso, cierro con una aproximación propositiva, no en lo que se refiere al procedimiento de selección de magistrados[64] sino poniendo el foco en la identificación de perfiles idóneos. Pienso que es aquí donde interesa fijar la atención.

En páginas anteriores ya he señalado —de acuerdo con la doctrina mayoritaria— que el problema del desprestigio del Tribunal no reside tanto en el diseño legal del proceso que, por supuesto, siempre se podrá ajustar y algunas observaciones se han apuntado, sino en la aplicación de las normas y en la selección de perfiles, pues el Tribunal Constitucional será lo que sean y cómo actúen quienes lo compongan en cada en cada momento: su integridad, competencia, prestigio, prudencia, reserva, independencia, en fin, todo un conjunto de rasgos que conforman eso que llamamos idoneidad individual y colegial, tan difícil de aprehender. Y todo, a sabiendas de que recuperar el prestigio no termina ni con el mero nombramiento — tomando la distinción de Weber, junto a la *idoneidad de origen* también está la *de ejercicio* de cada magistrado— y también en la responsabilidad del resto de los actores que pueden contribuir o minar la imagen del mejor Tribunal Constitucional.

Admito como punto de partida que referirse a unos criterios de selección de los magistrados a los que corresponde la última palabra es naturalmente controvertido[65]. Afortunadamente, otros modelos han avanzado en estas vías de concreción de la idoneidad y la aparición de trabajos sobre el tema alejan el fantasma —al menos en el ánimo de quien escribe— de estar cayendo en un ejercicio de *wisfhful thinking.*

Con carácter general, y por tanto en cualquier ámbito, la idoneidad hace referencia *a la cualidad necesaria para el ejercicio de la función.* Es un concepto

64. Me ha resultado particularmente sugerente la reflexión de CRUZ VILLALÓN, P. que parte de la siguiente cuestión: ¿Cabe sostener la idea de un específico arquetipo del juez constitucional, a no confundir con otros? en «El juez constitucional, entre el arquetipo y el fenotipo», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 27, 2023, pp. 149 y ss.

65. Así a propósito de los jueces del Tribunal Supremo, ABRAHAM, H. J., *Justices, Presidents and Senators, A History of U.S. Supreme Court. Appointments from Washington to Bush II*, Rowman &Littlefield publishers, New York, 5.ª ed., 2008, p. 19.

empleado en todos los órdenes. Se exige así para la determinación de perfiles subjetivos en relación con puestos o cargos, también la calificación de procedimientos para alcanzar los objetivos específicos a los que se orientan o, entre otros, como subcriterio del principio de proporcionalidad, adecuación de la medida al fin u objetivo propuestos (por todas, STC 64/2019). Se estudia, en fin, para determinar la idoneidad de los adoptantes, de una persona al puesto de trabajo, o de las medidas restrictivas de derechos y libertades. En el caso de los magistrados del Tribunal Constitucional la *idoneidad* es la cualidad requerida para el ejercicio de la complejísima función del juez constitucional, que no tiene superior. La cuestión es si junto a la preparación técnica a que se refiere el art. 159.2 CE ¿cabe pensar es una idoneidad que eleve los requisitos formales, es decir, el cumplimiento estricto de lo reglado?[66].

Propongo distinguir los siguientes aspectos: a) idoneidad reglada; b) idoneidad adicional, en la que entraría la estimación de las cualidades personales y apariencia de imparcialidad: independencia y neutralidad y, por último, c) la idoneidad relacional o de inserción en el colegio de magistrados. Las paso a desarrollar a continuación.

4.1 IDONEIDAD REGLADA

El art. 159.2 CE se refiere a requisitos «objetivables» y acumulativos a saber: que los magistrados constitucionales han de elegirse entre ciudadanos de nacionalidad española que sean juristas de reconocida competencia, seleccionados entre Magistrados, Fiscales, funcionarios, Abogados o Profesores de universidad, que hayan desempeñado al menos quince años de ejercicio profesional. Se trata de requisitos que deben concurrir todos ellos y «no son alternativos o fungibles» (GARCÍA ROCA)[67]. Así, la permanencia prolongada en el ejercicio de la profesión no otorga per sé el «reconocido prestigio», sino sólo una dilatada trayectoria profesional. Son cuestiones distintas y, en lo que se orienta a la «idoneidad», importa insistir que la dedicación a la actividad no es garantía del perfil exigido para la complejidad que entraña la función de juez constitucional. Los candidatos, si se quiere mejorar la independencia, deben situarse en la parte alta de la tabla del reconocimiento por pares del desempeño profesional: ya sea en el caso

66. Sobre los requisitos del juez constitucional el tratamiento doctrinal suele limitarse a lo exigido en el art. 159.2 CE. Así lo formula en términos entiendo de crítica a esa aproximación CRUZ VILLALÓN, Pedro, en «El juez constitucional...», p. 153.

67. GARCÍA ROCA, Javier, «La selección de los magistrados constitucionales, su estatuto y la necesaria regeneración de las instituciones», en AAVV, *Constitución y Democracia. Ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, vol. III, Universitas, Madrid, 2012, p. 2636.

de Magistrados, Funcionarios, Profesores universitarios, Fiscales o Abogados.

Si bien la CE se refiere a estas profesiones jurídicas, los perfiles que más han nutrido el Tribunal Constitucional son los procedentes de la carrera judicial y los académicos y, hasta fechas recientes, respectivamente, los situados en el nivel más alto del escalafón judicial y, en el universitario: catedrático/as de distintas ramas del Derecho. Así debe seguir siendo. Al Tribunal Constitucional deben ir los mejores. Es cuestión discutida si el conocimiento o especialización han de ir orientados a la específica jurisdicción constitucional (derechos fundamentales, competencias, fuentes o interpretación) o un conocimiento en otras especialidades (penal, civil, procesal, etc.). Algunas voces se muestran más partidarios de expertos en «jurisdicción constitucional»[68], mientras que otros consideran mejor la interdisciplinariedad, que debe estar presente en la composición y que puede propiciar una mirada global al ordenamiento jurídico, elevándose sobre las distintas especialidades[69]. Por mi parte, volveré a esto al hablar de la idoneidad relacional.

La exigencia constitucional prevista en el art. 159.2 CE, incorpora en el art. 18 LOTC una expresión más: quince años de ejercicio profesional o en activo en la respectiva función. En páginas anteriores ya me he referido a la controversia suscitada en el caso del cómputo del plazo por un magistrado que sin llegar a los quince años de ejercicio fue nombrado vocal del CGPJ. El sentido del texto llevaría a exigir efectivamente una actividad jurisdiccional durante este tiempo mínimo, y no a cómputos en los que se puede «ser juez» y no ejercer función jurisdiccional. El sentido es integrar a quienes de modo notable han desarrollado efectivamente la función jurisdiccional, y desde esa experiencia contribuyen a la función del Tribunal Constitucional.

Por último, la exigencia de reconocida competencia es, sin duda, la más indeterminada de las condiciones, pero eso no significa que esté vacía de contenido y que se pueda relativizar[70]. Precisamente, el Tribunal Constitucional en la STC 174/1996 tuvo ocasión de pronunciarse acerca de este criterio al resolver un recurso de amparo sobre el derecho del art. 23.2 CE, aunque en aquel caso se refería a los llamados jueces del «cuarto turno». Interesa recordar que entonces el Tribunal Constitucional distingue una

68. GARCÍA ROCA, Javier, *op. cit.,* p. 2651.
69. FERRERES COMELLA, Víctor, «El Tribunal Constitucional como expresión orgánica de la interdisciplinariedad», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 27, 2023, pp. 134, 143.
70. GARCÍA ROCA, Javier, *op. cit*., p. 2650.

doble dimensión en la «reconocida competencia»: positiva y negativa. La vertiente positiva de la idoneidad hace referencia a los méritos que deben ser aportados para demostrar la competencia, es decir, los aspectos positivos de la trayectoria profesional. Por su parte, la vertiente negativa consistiría en la ausencia de deméritos (pág. ej. la presencia de expedientes disciplinarios) —FJ 3—. Entiendo que lo mismo es de aplicación a los magistrados del Tribunal Constitucional, y con mayor razón por la función que deben desempeñar.

Sobre el concepto de jurista de reconocido prestigio es de obligada referencia la STS de 30 de noviembre de 2023 que anula el nombramiento de la Presidenta del Consejo de Estado por ausencia de este requisito, acumulativo, como recuerda la sala en el caso enjuiciado a la experiencia en asuntos de Estado. Entiende el Tribunal Supremo que para el correcto ejercicio de la función que es de carácter técnico, es preciso verificar que concurre la condición de jurista de reconocido prestigio, es decir, que se cuenta con la pública estima en el ejercicio de la profesión jurídica y no solo la pertenencia a un cuerpo o disponer de la Licenciatura o Grado en Derecho. El reconocido prestigio no es, pues, una valoración subjetiva, sino que implica la percepción ajena por la comunidad correspondiente del quehacer profesional para asegurarla experiencia en el manejo de la técnica jurídica en sus distintos campos, que ha de ser mantenida en el tiempo y despertar el aprecio profesional. En la misma Sentencia, se distingue este requisito reglado de la idoneidad al cargo, a la que otorga una naturaleza política (FJ 4, *in fine*.).

Dos conclusiones de estas sentencias: en primer lugar, la dimensión positiva y negativa de la idoneidad: contar con los méritos reglados y una ausencia de deméritos o elementos que puedan afectar a la imagen de los candidatos, que son, ciertamente, más difíciles de definir de modo preciso. En segundo lugar, que el reconocido prestigio sea correlativo a la gravedad extraordinaria de la función a desempeñar, como lo es la función del juez constitucional[71].

4.2. IDONEIDAD ADICIONAL

Conectado con esto último, y en un planteamiento de máximos en atención al extraordinario papel del juez constitucional, se propone aquí la consideración de otros elementos, sea desde esa idea inicial de que al Tribunal

71. Para mayor detalle sobre estos requisitos me remito a BAAMONDE GÓMEZ, Laura, *La magistratura constitucional en España y en Italia. Selección, aspectos temporales del mandato y estatuto jurídico*, CEPC, Madrid,2019, pp. 42 a 48.

Constitucional vayan los mejores[72] o más clásica en relación con las virtudes del juez. De éstas dependerá a la postre el correcto funcionamiento de la institución, pues como acertó a señalar precisamente refiriéndose al Tribunal Constitucional TOMÁS Y VALIENTE «toda institución actúa por medio de hombres, de personas individuales que la llevan sobre sus hombros»[73].

En esta línea, y tal vez como reacción al proceso de degradación-erosión ya referida en las primeras páginas, están apareciendo trabajos, informes, sobre posibles modelos que superan las «exigencias regladas». Así, CRUZ VILLALÓN se ha referido al arquetipo del juez constitucional, a sabiendas no solo de la crisis actual de erosión —fenotipo en contraste con el arquetipo—, sino de cómo este punto es una «preocupación básica» en un modelo de jurisdicción constitucional concentrada. Propone CRUZ VILLALÓN como características del arquetipo de juez constitucional la integridad y responsabilidad constitucional, capacidad intelectual, competencia técnica, capacidad para mantener el control sobre su propia ideología, la ausencia de lo que podría llamarse «escoramiento ideológico» o «agenda» como juez constitucional —advierte de este riesgo como más acusado en el caso de los magistrados de procedencia académica—, cierta permeabilidad social, etc.[74].

Un modelo ideal supone aspirar a la presencia de elementos adicionales, que incluso puedan ser públicos y conocidas *a priori*[75], orientados desde luego a la adecuación a la alta función de defensa de las Constitución[76].

Entre los elementos que podrían ser tenidos en cuenta como cualidades del juez constitucional se han señalado— y comparto— las siguientes:

72. Así, recientemente, CRUZ VILLALÓN, Pedro: «Al Tribunal Constitucional hay que enviar a los mejores. Si no, empiezan las sospechas». Entrevista publicada en ABC, el 4 de febrero de 2024.
73. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *op. cit.,* p. 33.
74. CRUZ VILLALÓN, Pedro, en «El juez constitucional...» *op. cit*., p. 160 y ss.
75. En EEUU los candidatos propuestos son valorados por la ABA (*American Bar Association's*), que se centra en las cualidades profesionales del candidato, su trayectoria y experiencia, pero también su integridad, competencia profesional y temperamento judicial). Las calificaciones se formulan de acuerdo con una escala de estimación y los candidatos pueden resultar muy cualificados, cualificado o no cualificado, sea por unanimidad o mayoría. Es una valoración sobre la idoneidad que es remitida al Senado y al presidente.
76. De interés es la propuesta de la Fundación Hay Derecho. entre otros aspectos proponen que cuando se trate de designar a los magistrados constitucionales por parte del Gobierno no sea a personas que han tenido algún vínculo con el partido que sostenga al propio gobierno, sea como afiliados o que hayan desempeñado cargos orgánicos en el partido o relevantes en Gobierno de ese partido; en el caso de las cualificaciones profesionales (funcionarios, magistrados, profesores, etc.) debe entenderse que se refiera a los puestos más altos del escalafón; en cuanto al procedimiento se propone

hábito mental de imparcialidad[77], prudencia y mesura[78], capacidad de diálogo y acuerdo, discreción, fortaleza o resistencia a las presiones del entorno[79] o autocontención en su dimensión ideológica —un compromiso de gobernar su propia ideología—[80]. GARCÍA ROCA ha señalado que es exigible que sean juristas con apariencia de independencia en sus juicios, prudentes y excelentes como juristas[81].

La apoliticidad o la ausencia total de visiones personales está fuera de la realidad, pero el juez constitucional debe actuar como tal, siendo capaz de objetivar y juzgar sin que su juicio sea político. Nuevamente GARCÍA PELAYO deja una reflexión a propósito de la quimera del jurista totalmente despolitizado, a la que califica de utopía, incluso por más neutral que se crea: «en los jueces, como en todo el mundo, están presentes consciente o inconscientemente unas actitudes frente al orden político, social y cultural, y la experiencia enseña que los juristas considerados como "asépticos" muestran, en general, claras tendencias conservadoras; de otro lado, la tendencia al hermetismo jurídico y la correspondiente marginación de lo político sería disfuncional...» y esto último, porque deben contribuir al acoplamiento entre valores jurídicos y exigencias políticas y sociales. Y, concluye señalando como exigencias para la designación de magistrados las tres siguientes: juristas, total o preponderantemente en la composición; b) sin actitudes polémicas con respecto a la política y c) y que, en todo caso, defiendan que en un orden democrático y libre cada función del Estado es función jurídica y ha de disciplinarse como tal[82]. Difícilmente pueden llevarse a norma, así lo advierte, pero estos criterios han de tenerse en cuenta en las reglas del juego político para la designación de magistrados: juristas, no politizados de forma polémica y divisoria y demócratas y defensores del poder sometido al Derecho y conviene que los órganos que propone a los

---

que se constituya una comisión de expertos independientes encargada de evaluar la trayectoria y el desempeño profesional y la idoneidad y aptitud para el cargo (se fijan en el modelo del TJUE); por último, también se pronuncia el informe sobre la composición equilibrada (hablaré de idoneidad composicional o colegiada), que tenga en cuenta el sexo —hombre, mujer—, el origen territorial o la extracción profesional. Puede verse en Disponible en https://www.hayderecho.com/wp-content/uploads/2023/10/buenas-practicas-para-los-nombramientos-politicos-de-organos-constitucionales-de-garantia.pdf (consultada el 27 de septiembre de 2024).

77. GARCÍA ROCA, Javier, *op. cit*., p. 2636.
78. Referencia a la elección como presidente de Pedro Cruz Villalón. (el catedrático progresista Pedro Cruz Villalón, elegido presidente del Constitucional por siete votos (El País, 21 de diciembre de 1998).
79. Con otras palabras, AGUADO RENEDO, César, *op. cit*., p. 20.
80. CRUZ VILLALÓN, Pedro, en «El juez constitucional...» *op. cit*., p. 158.
81. GARCÍA ROCA, Javier, *op. cit*., p. 2646.
82. Cfr. GARCÍA PELAYO, Manuel, *El Rey, op. cit*., p. 57.

candidatos tengan en cuenta estos criterios. Pasados casi cincuenta años de estas aportaciones de quien fuera después Presidente del Tribunal Constitucional, la publicación de este y otros dictámenes, aparece oportunamente como valioso legado.

Si bien ningún modelo está libre de problemas en la designación, sí es interesante el modelo para la extracción de los jueces integrantes del TJUE regulado en los arts. 19 del TUE y art. 253 a 255 TFUE. El art. 253 TFUE establece que «*los jueces y abogados generales del Tribunal de Justicia, elegidos entre personalidades que ofrezcan absolutas garantías de independencia y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio, en sus respectivos países, de las más altas funciones jurisdiccionales o que sean jurisconsultos de reconocida competencia*, serán designados de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados por un período de seis años, tras consultar al comité a que se refiere el art. 255». Este art. 255 se refiere a que al comité que debe pronunciarse sobre la idoneidad de los candidatos, antes de que los Gobierno procedan al nombramiento. El Comité está compuesto por siete personalidades elegidas entre antiguos miembros del Tribunal de Justicia y del Tribunal General, miembros de órganos jurisdiccionales nacionales superiores y juristas de reconocida competencia, uno de los cuales será propuesto por el Parlamento europeo. Corresponde al Consejo fijar las normas de funcionamiento (art. 255 TFUE). Lo cierto es que el sistema no se libra de críticas[83]. Al igual que ocurre en España, una cuestión es la previsión de la norma y otra la aplicación de la misma. Nada se puede idealizar, pero sí es posible aprender de otras experiencias que han mejorado los procesos.

83. El sistema no está libre de críticas. Así, DE WAELE «La calidad de funcionamiento de una organización dependerá siempre directamente de la calidad de las personas que la dirigen». No se exige para el TJUE cualificación jurídica sino independencia y competencia. Es crítico con el procedimiento en el que señala los «pactos de no agresión» en las propuestas de los candidatos, sin una selección exhaustiva DE WAELE, Henri, «Re-appraising Success and Failure in the Life of the European Court of Justice», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 23, 2021, pp. 60 y ss. También es de interés el modelo de idoneidad fijado para el nombramiento de los jueces integrantes del TEDH, al menos en la definición formal de las exigencias. El art. 21 del CEDH establece que los Jueces deberán gozar de la más alta consideración moral y reunir las condiciones requeridas para el ejercicio de las altas funciones judiciales o ser jurisconsultos de reconocida competencia. El art. 22 del CEDH se refiere al procedimiento de elección de jueces: serán elegidos por la Asamblea Parlamentaria en razón de cada alta parte contratante, por mayoría absoluta de votos, de una lista de tren candidatos presentados. La declaración adoptada en 2010 (Interlaken) en la Conferencia sobre el futuro del TEDH puso el acento en la garantía de los criterios para la selección de jueces. Desde luego, el sistema para la mejora del Tribunal sirve como inspiración para mejorar los procesos de los estados miembros. CFR. ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción, «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una jurisdicción en permanente reforma», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 67, 2020, pp. 771-793.

4.3. IDONEIDAD COLEGIADA O COMPOSICIONAL

Por último, el Tribunal Constitucional es un órgano colegiado y, por tanto, la idoneidad reclama también la visión de un conjunto. Es preciso «construir el colectivo de la justicia constitucional» a partir de una combinación de perfiles personales y de capacitación profesional[84]. Recuérdese que el primer tribunal tuvo una composición en la que eran mayoría los académicos provenientes de distintas especialidades del Derecho (Internacional Público, Derecho Mercantil, Administrativo, Romano, Historia del Derecho, Constitucional, etc.)[85]. En el momento actual el Tribunal Constitucional está integrado por tres magistrados académicos, todos ellos constitucionalistas y nueve provenientes del Poder Judicial (del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional). El último nombramiento corresponde a un abogado, magistrado y profesor en excedencia[86]. Históricamente en la composición se ha combinado la procedencia jurisdiccional y universitaria, con periodos de predominio de los magistrados de extracción universitaria y otra, en las que son más los magistrados de procedencia jurisdiccional.

En esta última consideración sobre la idoneidad del colegio creo que el criterio no es la representación, sino el equilibrio. En primer lugar, entre jueces y académicos. Los primeros aportan la concreción del litio y los académicos la labor de interpretación y construcción de categorías[87], pero también en los distintos ámbitos del Derecho, que han de estar presentes y compensados. Hoy resulta indiscutible la presencia equilibrada hombres-mujeres (así se ha establecido en la última reforma de la LOTC ya citada), aunque, desde mi punto de vista, esta no deja de ser una medida equilibradora-correctora de una ausencia de las mujeres, más que orientada a la búsqueda de perfiles idóneos que es lo que debe primar para necesaria en la función específica del Tribunal Constitucional. Sin embargo, no tengo tan claro que deba existir una presencia equilibrada en lo territorial, más bien debería evitarse el «desequilibrio», entendido como «concentración de procedencias» (así, por ejemplo, predominio de un territorio de procedencia, de una universidad, de una rama del conocimiento).

---

84. CRUZ VILLALÓN, Pedro, en «El juez constitucional...» *op. cit*., pp. 159-160. Igualmente, FERRERES COMELLA, Víctor, *op. cit*., p.143.
85. Aquel Tribunal Constitucional estuvo integrado por los magistrados que eran «un buque insignia» y que estaban muy lejos de ser considerados «gente de partido». Así, CRUZ VILLALÓN, Pedro «El estado del Tribunal Constitucional», *Claves de Razón Práctica*, núm. 191, 2009, p. 4.
86. Información extraída de la página oficial del Tribunal Constitucional. (visitada el 24 de septiembre de 2024).
87. GARCÍA ROCA, Javier, *op. cit*. 2647.

Cierro aquí, volviendo a la idea de comienzo. El prestigio del Tribunal Constitucional es esencial para la Democracia Constitucional. Los partidos políticos no han contribuido, muy al contrario, a que la idoneidad de los magistrados fuera el quicio de sus designaciones. Algunos representantes políticos y algunos medios de comunicación con frecuencia han tratado la información relativa al Tribunal Constitucional, reforzando una imagen partidista de los magistrados ante la opinión pública y, otras veces, ha sido el propio Tribunal Constitucional o sus integrantes los que han contribuido a reforzar esa imagen de desprestigio, que puede ser corregida.

Desde luego, siempre se está a tiempo de mejorar los procesos y acertar con la selección de perfiles de magistrados en esas tres dimensiones de idoneidad que aquí he intentado distinguir: profesional, adicional —personal— y colegiada, con la voluntad de contribuir a mejorar la independencia del Tribunal Constitucional, la mejora de su imagen y percepción y con ello la defensa de la Democracia constitucional. Esa es la pretensión de estas páginas.

Capítulo 5

La imparcialidad de los magistrados constitucionales: algunas notas sobre la última jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de abstención y recusación [1]

Luis E. Delgado del Rincón
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Burgos

SUMARIO: 1. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ACERCA DE LAS CAUSAS DE ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN DE SUS MAGISTRADOS. *1.1. La imparcialidad de los magistrados constitucionales. 1.2. Algunos elementos que caracterizan la doctrina del Tribunal Constitucional sobre las causas de abstención y recusación de sus magistrados.*

1. Este trabajo es el resultado de una comunicación presentada al Seminario sobre la independencia de la justicia constitucional a examen, organizado por el Proyecto de Investigación «La importancia de la independencia del Tribunal Constitucional para la defensa de la Democracia Constitucional», I+D+I 2022-141112NB-100, del MCIN/AEI, celebrado en la sede de Posgrado de la Universidad de Navarra y en la Universidad Pontificia de Comillas (ICADE) en Madrid, el día 22 de marzo de 2024. Contiene una versión actualizada y resumida de un trabajo anterior publicado en la *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 39, 2023, pp. 28-61, bajo el título: «La abstención y recusación de los Magistrados constitucionales: Algunas consideraciones sobre los últimos cambios en la jurisprudencia constitucional».

2. UNA CONTROVERTIDA INADMISIÓN LIMINAR DE LA RECUSACIÓN DE MAGISTRADOS CONSTITUCIONALES EN UN PROCESO DE AMPARO POR LA CAUSA DEL ART. 219.10 LOPJ: EL ATC 177/2022, DE 19 DE DICIEMBRE. *2.1. La novedosa inadmisión liminar de la recusación por la falta de legitimación para recusar de los coadyuvantes de la parte demandada. 2.2. La inadmisión liminar de la recusación por la causa del art. 219.10 LOPJ al no tener los magistrados un interés directo o indirecto en el proceso.* 3. LA INADMISIÓN SINGULAR DE LA ABSTENCIÓN DE UNA MAGISTRADA CONSTITUCIONAL MEDIANTE UNA INTERPRETACIÓN MUY ESTRICTA DE LA CAUSA DEL ART. 219.16 LOPJ: EL ATC 28/2023, DE 7 DE FEBRERO. *3.1. Los argumentos de la decisión de la mayoría que justifican la inadmisión de la recusación. 3.2. Los argumentos esgrimidos en los Votos particulares para justificar la admisión de la abstención.* 4. A MODO DE CONCLUSIÓN.

1. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ACERCA DE LAS CAUSAS DE ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN DE SUS MAGISTRADOS

1.1. LA IMPARCIALIDAD DE LOS MAGISTRADOS CONSTITUCIONALES

Como es conocido, el Tribunal Constitucional es un órgano constitucional que no forma parte del Poder judicial, aunque ejerza funciones de carácter jurisdiccional sustanciadas a través de un proceso contradictorio que concluye con una decisión judicial firme; o, aunque el estatuto jurídico de sus magistrados guarde ciertas similitudes con el de los jueces y magistrados ordinarios. De hecho, la Constitución contiene algunas normas que mencionan determinados elementos de dicho estatuto como la independencia, la inamovilidad o la responsabilidad, en el art. 117.1 CE; o ciertas garantías de algunos de ellos, como las incompatibilidades y prohibiciones del art. 127 CE, respecto de la independencia judicial. Para regular detalladamente el estatuto de los jueces y magistrados, el Texto constitucional establece en el art. 122 CE una reserva de ley, de un tipo de ley, la ley orgánica, y más concretamente de una ley orgánica, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ).

En lo que concierne al Tribunal Constitucional, la Constitución es igualmente parca a la hora de regular algunos de los elementos que configuran el estatuto jurídico de los magistrados constitucionales. El art. 159 CE se refiere a dos de sus aspectos esenciales, la independencia e inamovilidad (apartado 5.º), y a otros elementos como las condiciones o requisitos nece-

sarios para ser designado magistrado constitucional, la duración del mandato, o determinadas incompatibilidades (apartados 1.º a 4.º). También reenvía, en el art. 165 CE, a una ley orgánica que regulará, entre otros aspectos, «el estatuto de sus miembros». Esta ley es la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (arts. 16 a 26 LOTC). Con carácter general, puede afirmarse que las normas constitucionales y legales que rigen el estatuto de los magistrados constitucionales son insuficientes e incompletas. De hecho, y por la semejanza que existe con el estatuto de los magistrados ordinarios, la LOTC se remite expresamente a lo dispuesto en la LOPJ para la regulación de algunos de sus elementos como la inamovilidad, el régimen de incompatibilidades o las causas de abstención o recusación (art. 80 LOTC).

La imparcialidad es uno de los elementos que caracterizan la jurisdicción como función estatal. Se predica tanto para los magistrados que forman parte del poder judicial como para los que integran la jurisdicción constitucional. Según acaba de comprobarse, la Constitución no la menciona expresamente en ninguno de los preceptos dedicados al Poder judicial o al Tribunal Constitucional, sin perjuicio de que pueda incluirse implícitamente —aunque sean conceptualmente diferentes— en el principio basilar de la independencia judicial del art. 117.1 CE[2]. La imparcialidad como «garantía básica del proceso», «la primera de ellas» supone que el «titular de la potestad jurisdiccional no puede ser al mismo tiempo parte en el conflicto que se somete a su decisión» (STC 91/2021, de 22 de abril, FJ 5.1.1 y AATC 17/2022, de 25 de enero, FJ 3 y 68/2023, de 21 de febrero, FJ 2). Esta dimensión subjetiva, entendida como desinterés subjetivo del juez o ausencia de calidad de parte, es objetivada por la ley, concretamente por la LOPJ que, en su art. 219, enumera una relación cerrada de situaciones que, si el juez o magistrado se halla inmerso en alguna de ellas, pasará a ser sospechoso de parcialidad.

Además de esa imparcialidad subjetiva, «que garantiza que el Juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, en la que se integran todas las dudas que deriven de las relaciones del Juez con aquéllas», la jurisprudencia constitucional distingue también una imparcialidad obje-

2. Cfr., entre otros, De Otto, I., *Estudios sobre el Poder Judicial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, p. 63; Jiménez Asensio, R., *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 71; Galán González, C., *Protección de la imparcialidad judicial: abstención y recusación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 350; Andrés Ibáñez, P., «Imparcialidad judicial e independencia judicial», en C. Gómez Martínez (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009. pp. 52 y 60 y De Diego Díez, L., *De la abstención y recusación en el proceso judicial*, Colex, Madrid, 2024, pp. 15-16.

tiva, «referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez se acerca al *thema decidendi* sin haber tomado postura en relación con él» (STC 145/1988, de 12 de junio, FJ 5 y AATC 17/2020, de 11 de febrero, FJ 2; 149/2022, de 15 de noviembre, FJ 2 y 68/2023, de 21 de febrero FJ 2).

La Constitución no sólo no menciona la imparcialidad judicial, sino que tampoco recoge expresamente, dentro del amplio catálogo de los derechos y libertades del Título I, el derecho a un juez imparcial en el caso de que se lesione la garantía de la imparcialidad judicial de las partes en el ejercicio de la función judicial. Ha sido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, con ciertas «oscilaciones», la que ha creado el derecho a un juez imparcial (en el que se integran como garantías las causas de abstención y recusación), ubicándolo, primero, en el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, reconocido en el art. 24.2 CE y, posteriormente, en el derecho a un proceso público con todas las garantías proclamado en el mismo precepto[3].

En el ámbito de la jurisdicción constitucional, dado el carácter jurisdiccional que revisten las actuaciones de sus magistrados, la imparcialidad puede deducirse implícitamente del art. 159.5 CE, que proclama su independencia, y del art. 165 CE, que remite a la LOTC la regulación del funcionamiento del órgano constitucional y del estatuto de sus miembros. También del art. 22 LOTC, que la reconoce expresamente (aunque sin desarrollo posterior) cuando dice que «los magistrados del Tribunal Constitucional ejercerán su función de acuerdo con los principios de imparcialidad y dignidad inherentes a la misma».

La abstención y la recusación son los instrumentos procesales que garantizan la imparcialidad de los jueces en el ejercicio de la función judicial, pero también la confianza de los ciudadanos en los tribunales integrados por ellos. La ley, en nuestro caso, la LOPJ ha objetivado y enumerado taxativamente unas casusas que si concurrieran en el juez ha de abstenerse de conocer el asunto enjuiciado, antes de que sea recusado por alguna de las partes que intervienen en el proceso. En otras palabras, el art. 219 de la LOPJ establece una lista cerrada de situaciones, que pueden constatarse de

3. Cerca del derecho al juez imparcial, su ubicación constitucional y evolución, cfr., por todas, la STC 113/1987, de 3 de julio. En la doctrina, pueden consultarse, entre otros trabajos, los de Díez-Picazo Giménez, I., «El derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la ley», *Revista Española de Derecho Constitucional,* n.º. 31, 1991, pp. 75 y ss.; Galán González, C., *Protección de la imparcialidad judicial*..., ob. cit., pp. 60-64; González Caso, J., *Sobre el derecho al juez imparcial (o quien instruye no juzga),* Dykinson, Madrid, 2004, pp. 47-58 y Jiménez Asensio, R., *Imparcialidad judicial*..., ob. cit., pp. 141-154.

forma objetiva, de tal modo que, si el juez se halla inmerso en alguna de ellas, le hacen sospechoso de parcialidad en la toma de decisiones durante el proceso.

1.2. ALGUNOS ELEMENTOS QUE CARACTERIZAN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LAS CAUSAS DE ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN DE SUS MAGISTRADOS

El Tribunal Constitucional ha construido una doctrina sobre las abstenciones y recusaciones de sus magistrados, teniendo en cuenta la naturaleza de la institución, su composición y forma de constituirse, su funcionamiento y el objeto diferente de los procesos constitucionales que conforman sus competencias. De forma resumida, algunos de los elementos generales que caracterizan esta doctrina consolidada en numerosas resoluciones del Alto Tribunal son los siguientes[4].

1.º) La LOTC no regula específicamente las causas de abstención y recusación de los magistrados constitucionales, sino que se remite, en su art. 80, a las previstas en el art. 219 LOPJ para los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria, en la redacción establecida por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre. Como ha reconocido el Tribunal Constitucional esta remisión «no está exenta de dificultades» y por ello ha de interpretarse teniendo en cuenta «las modulaciones» que derivan de «la naturaleza específica y de las funciones» del Alto Tribunal. De la naturaleza singular del Tribunal y de su composición, porque es un órgano único en el que, a diferencia de los

4. En general, sobre la imparcialidad de los magistrados constitucionales, pueden consultarse, entre otros, los siguientes trabajos: Delgado del Rincón, L. E., «La abstención y recusación de los Magistrados…», ob. cit., pp. 32-36 y, anteriormente, «La recusación de los Magistrados en el Tribunal Constitucional (Comentario al ATC 26/2007, de 5 de febrero)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 82, 2008, pp. 347-356. En la doctrina, pueden verse, entre otros, los trabajos de Matia Portilla, F. J., «Sobre la adscripción partidaria de los magistrados del Tribunal Constitucional y su invocación en el proceso», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 34, 2014, pp. 235-268; Bachmaier Winter, L., *Imparcialidad Judicial y libertad de expresión de jueces y magistrados. Las recusaciones de magistrados del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 133-181; Calvo Sánchez, M. C., *Control de la imparcialidad del Tribunal Constitucional (Un estudio jurisprudencial)*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 229-250; Ulloa Rubio, I., «Artículo 22» y Corte Heredero, C., y Moreno Fernández, J. I., «Artículo 80», *Comentarios a la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional*, J. J. González Rivas (Dir.) y A. J. Gutiérrez Gil (Coord.), Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional, Fundación Wolters Kluwer, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020. pp. 251-262 *y* 873-887.

tribunales ordinarios, sus miembros no son susceptibles de sustitución[5]. De los procesos de que conoce el Tribunal, porque en algunos de ellos, como en el de control de constitucionalidad de las leyes, no se dirimen conflictos de intereses entre partes claramente diferenciadas (intereses subjetivos), sino que tiene por objeto depurar objetivamente el ordenamiento para adecuarlo a la Constitución y garantizar su supremacía normativa frente a las actuaciones del legislador (interés objetivo y abstracto)[6].

2.º) Las causas de recusación son las enumeradas de forma «taxativa y con carácter cerrado» en el art. 219 LOPJ, de tal modo que cualesquiera otros motivos de «quiebra de la imparcialidad» («aprensiones o recelos») que no puedan reconducirse a dicha norma «son jurídicamente irrelevantes». Es necesario que las dudas que existan sobre la imparcialidad de un magistrado sean «objetivamente justificadas», «es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos que permitan afirmar fundadamente que [el juez] no es ajeno a la causa». No basta con que las «sospechas sobre su imparcialidad surjan en la mente de quien recusa»[7].

3.º) Ante la imposibilidad de sustituir a los miembros del Tribunal Constitucional y en la medida en que las causas de abstención y recusación pueden apartar del caso al juez predeterminado por la ley, el Alto Tribunal ha llevado a cabo una «interpretación estricta o no extensiva» y «vinculada al contenido del derecho a un juez imparcial». Aunque se valora el adecuado equilibrio entre los intereses constitucionales en juego, tiene prevalencia el «mantener, salvo que resulte imposible, la composición del Pleno del Tribunal». La interpretación rigurosa de las causas de abstención y recusación puede dar lugar a una inadmisión liminar de las peticiones de recusación de los magistrados constitucionales[8].

5. AATC 383/2006, de 2 de noviembre, FJ 3; 394/2006, de 7 de noviembre, FJ 2; 26/2007, de 5 de febrero, FJ 2; 387/2007, de 16 de octubre. FJ 2; 107/2021, de 15 de diciembre, FJ 2; 17/2022, de 25 de enero, FJ 3.C; 82/2022, de 11 de mayo FJ 2; 178/2022, de 21 de diciembre, FJ 2; 70/2023, de 21 de febrero, FJ 2; 69/2023, de 21 de febrero, FJ 3; 489/2023, de 24 de octubre, FJ 2.
6. STC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 8 y AATC 383/2006, de 2 de noviembre, FJ 3; 394/2006, de 7 de noviembre, FJ 2; 26/2007, de 5 de febrero, FJ 2; 387/2007, de 16 de octubre, FJ 5; 180/2013, de 17 de septiembre, FJ 2.e; 17/2020, de 11 de febrero, FJ 2; 70/2023, de 21 de febrero, FJ 2.
7. AATC 69/2001, de 17 de marzo, FFJJ 14 a); 226/2002, de 20 de noviembre, FJ 1; 5/2004, de 16 de enero, FJ 2; 18/2006, de 24 de enero, FJ 2; ATC 26/2007, de 5 de febrero, FJ 3; 180/2013, de 17 de septiembre, FJ 2.b; 54/2014, de 25 de febrero, FJ 3.b; 17/2020, de 11 de febrero, FJ 2; 73/2022, de 27 de abril, FJ 3; 156/2022, de 16 de noviembre, FJ 2; 68/2023, de 21 de febrero, FJ 2; 432/2023, de 11 de septiembre, FJ 2; 484/2023, de 24 de octubre, FJ 3.
8. STC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 8 y AATC 456/2006, de 14 de diciembre, FJ 2; 387/2007, de 16 de octubre. FJ 2; 81/2008, de 12 de marzo, FFJJ 5 y 6; 17/2020, de 11 de

4.º) El Tribunal Constitucional es más exigente con la admisión de las causas de recusación que con las de abstención, ya que, de las segundas, al ser decisiones adoptadas a instancia de los magistrados, no se deduce «ningún interés personal», ni se imagina «ninguna posible sospecha de intento de alterar la composición del Tribunal o de impedir su normal funcionamiento»[9]. De hecho, el Tribunal ha declarado justificadas la mayoría de las abstenciones presentadas por sus magistrados, limitándose la fundamentación a una «escueta aceptación de las causas expuestas» y de los hechos aportados, sin efectuar «ningún cuestionamiento crítico»[10].

5.º) De la interpretación restrictiva de las causas de abstención y recusación por la singular naturaleza, composición y funciones del Tribunal Constitucional, este ha deducido una consecuencia: rechazar de plano o inadmitir *a limine*, por ser «impertinentes», «fraudulentas» y «abusivas», las recusaciones presentadas genéricamente contra todos los magistrados del Tribunal, al impedir y paralizar de modo inaceptable el ejercicio de la jurisdicción constitucional[11]. También se han considerado abusivas y fraudulentas las recusaciones utilizadas por grupos parlamentarios mayoritarios o instituciones públicas (Gobiernos o Parlamentos autonómicos) cuando, con el fin de alterar la composición del Pleno del Tribunal Constitucional, pretenden obtener mayorías favorables a sus pretensiones[12]. La interpretación restrictiva de las causas de recusación tiene también por objeto «evitar la posibilidad de utilizar el instrumento de la recusación como un meca-

---

febrero, FJ 2; 72/2022 de 27 de abril, FJ 3; 156/2022, de 16 de noviembre, FJ 2; 149/2022, de 15 de noviembre, FJ 2; 68/2023, de 21 de febrero FJ 2; 488/2023, de 24 de octubre, FJ 2.

9. Cfr. el ATC 387/2007, de 16 de octubre, FFJJ 3 y 4, del que discrepan los magistrados Elisa Pérez Vera, Pascual Sala Sánchez, Manuel Aragón Reyes y Pablo Pérez Tremps, en el Apartado 6.º de su Voto particular, con el que coincidimos, por considerar que las causas legales de abstención y recusación son las mismas, sin que proceda un «distinto tratamiento en el análisis crítico de la causa de abstención».

10. El Apartado 2.º del Voto particular formulado por el magistrado D. Ricardo Enríquez Sancho al ATC 28/2023, de 7 de febrero, ofrece un dato estadístico revelador de la práctica seguida por el Tribunal para resolver las abstenciones presentadas por sus magistrados: «las abstenciones rechazadas por autos del Pleno de este Tribunal durante todos sus años de funcionamiento superan apenas la veintena [veintiuna], y todos fueron dictados entre los años 2006 y 2009, exceptuando el último, el ATC 59/2011, de 6 de junio», a los que hay que sumar, ahora, el propio ATC 28/2023, de 7 de febrero.

11. En ellas «no se recusa a los Magistrados, sino al propio Tribunal Constitucional». AATC 380/1993, de 21 de diciembre, FJ 3; 80/2005, de 17 de febrero, FJ 5; 126/2008, de 14 de mayo, FJ 3; 40/2011, de 12 de abril, FJ 6; 268/2014, de 4 de noviembre, FJ 2; 63/2020, de 17 de junio, FJ 3; 86/2021, de 16 de septiembre, FJ 3; 119/2017, de 7 de septiembre, FJ 3; 70/2023, de 21 de febrero, FJ 2; 31/2024, de 9 de abril; 33/2024, de 9 de abril.

12. Hasta el punto de plantear (estratégicamente) una recusación «con la expresa intención de contrarrestar otra presentada por la contraparte». Actuaciones irresponsables

nismo intimidatorio que sobrevuele la intervención de un magistrado en la tramitación de un procedimiento, a modo de condicionante de su actuación» y para «impedir una permanente incertidumbre para los intervinientes en sus legítimas expectativas sobre la apariencia de imparcialidad de quien ha de resolver su causa» [13].

6.º) Desde una perspectiva procesal, una vez presentada la recusación, que deberá hacerse «tan pronto como se tenga conocimiento de la causa en que se funde», se «suspenderá el curso del pleito hasta que se decida el incidente de recusación» (art. 225.4 LOPJ). Asimismo, según lo establecido en el art. 227.2, 6 y 7 LOPJ, el Tribunal ha considerado, como «principio» general, que dicha norma «impide a los Magistrados recusados formar parte del órgano que ha de decidir sobre la recusación planteada» [14]. Aunque esta exclusión de los magistrados recusados ha sido la práctica general seguida por el Tribunal, este ha establecido también como excepción que el precepto «pierde toda su operatividad» y no procede aplicarlo «cuando la recusación se dirige contra todos los Magistrados que componen el Pleno», o cuando este no puede reunirse por falta de quórum necesario (dos tercios de los miembros que en cada momento compongan el Tribunal) [15].

De la aplicación de estos criterios, especialmente de la interpretación estricta y rigurosa de las causas de abstención y recusación, por ser el Tribunal Constitucional único en su género y sus magistrados insustituibles, la práctica jurisprudencial ha sido inadmitir a trámite las recusaciones promovidas contra todos o la mayoría de sus magistrados y admitir las abstenciones planteadas por cada uno ellos. Desde un punto de vista estadístico, en el año 2022, salvo error u omisión, el Tribunal Constitucional dictó 43 autos que estimaron justificadas todas las abstenciones presentadas por sus magistrados y 8 autos que inadmitieron a trámite las recusaciones formuladas contra todos o algunos de sus magistrados. También dictó 2 autos

---

que, lamentablemente, como afirma Matia Portilla, F. J., «Sobre la adscripción partidaria de los magistrados…», ob. cit., p. 236, «ha servido para contribuir al desprestigio del Tribunal Constitucional», o a su desgaste. Algunos ejemplos de este tipo de ataques —injustificables— contra la institución han sido los realizados con ocasión de la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña o los acontecidos con el proceso independentista catalán.

13. AATC 17/2022, de 25 de enero, FJ 3; 69/2023, de 21 de febrero, FJ 3; 665/2023, de 12 de diciembre, FJ 2.
14. AATC 40/2011, de 12 de abril, FJ 2; 268/2014, de 4 de noviembre, FJ 1; 269/2014, de 4 de noviembre, FJ 1; 177/2022, de 19 de diciembre, FJ 2; 69/2023, de 21 de febrero, FJ 2.
15. Cfr. los AATC 80/2005, de 17 de febrero, FJ 5; 443/2007, de 27 de noviembre FJ 3; 126/2008, de 14 de mayo, FJ 1; 40/2011, de 12 de abril, FJ 2; 269/2014, de 4 de noviembre, FJ 1; 107/2021, de 15 de diciembre, FJ 3; 111/2021, de 16 de diciembre, FJ 4; 177/2022, de 19 de diciembre, FJ 2.

desestimatorios de recursos de súplica interpuestos contra decisiones del Tribunal de inadmisión de recusaciones planteadas en procesos de amparo[16]. En el año 2023, el Tribunal pronunció 541 autos que estimaron todas las abstenciones presentadas por sus magistrados, salvo uno, el ATC 28/2023. de 7 de febrero, al que nos referiremos seguidamente. Asimismo, dictó 14 autos que inadmitieron las recusaciones promovidas contra todos o algunos de sus magistrados, la mayoría en procesos de amparo, y 3 autos desestimatorios y uno estimatorio de recursos de súplica interpuestos contra resoluciones de inadmisión de recusaciones presentadas en un proceso de amparo y en recursos de inconstitucionalidad[17]. En el año 2024, parece que las aguas turbulentas vuelven a su cauce, pues en lo que va de año, hasta principios de junio, el Tribunal ha pronunciado 19 autos estimatorios de todas las abstenciones planteadas por sus magistrados y 4 de inadmisión a trámite de las recusaciones promovidas contra todos o algunos de sus magistrados, todas en procesos de amparo, y 2 autos desestimatorios de recursos de súplica interpuestos contra resoluciones de inadmisión de recusaciones presentadas en procesos de amparo[18].

El aumento notable de las abstenciones y recusaciones que tienen lugar en el año 2022 y, sobre todo en el 2023, se ha debido, entre otras, a las siguientes circunstancias:

1.ª) A que la mayoría de las abstenciones proceden de magistrados incorporados al Tribunal Constitucional en las dos últimas renovaciones, con ocasión de recursos de amparo presentados contra resoluciones judiciales dictadas por tribunales de la jurisdicción ordinaria de los que aquellos formaron parte como magistrados[19].

2.ª) A que, en 2022, la mayoría de las recusaciones promovidas contra todos o algunos de los magistrados tienen su origen en asuntos relacionados directa o indirectamente con el proceso de independencia de Cataluña[20].

16. AATC 17/2022, de 25 de enero y 96/2022, de 15 de junio.
17. Los desestimatorios fueron los AATC 183/2023, de 18 de abril; 235/2023, de 9 de mayo y 237/2023, de 9 de mayo y el estimatorio el ATC 353/2023, de 4 de julio.
18. AATC 5/2024, de 30 de enero y 29/2024, de 9 de abril.
19. Por ejemplo, en el año 2023, son muy numerosos los autos del Tribunal Constitucional que admiten la abstención del magistrado César Tolosa por la causa n.º 11 del art. 219 LOPJ («haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia»), en recursos de amparo contra resoluciones dictadas por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de la que aquél formó parte como magistrado.
20. Como las inadmitidas en los AATC 72/2022, de 27 de abril; 73/2022, de 27 de abril; 75/2022, de 27 de abril; 82/2022, de 11 de mayo; 149/2022, de 15 de noviembre y 156/2022, de 16 de noviembre. También relacionados con dicho asunto están los AATC 17/2022, de 25 de enero y 96/2022, de 15 de junio, desestimatorios de recursos de

3.ª) A que, en el año 2023, según se ha dicho también, algunas de las abstenciones y recusaciones se han formulado contra los dos magistrados designados por el Gobierno en diciembre de 2022, Juan Carlos Campo Moreno y Laura Díez Bueso. Abstenciones y recusaciones basadas en causas relacionadas con los cargos públicos que desempeñaron con anterioridad a su nombramiento: el primero, Diputado en el Congreso, Ministro de Justicia y miembro del Consejo de Ministros[21] y, la segunda, Directora general de Asuntos Constitucionales y Coordinación Jurídica del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática y Vicepresidenta del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña[22]. Las causas alegadas son la n.º 13 del art. 219 LOPJ: «haber ocupado cargo público, desem-

súplica interpuestos contra decisiones del Tribunal de inadmisión de recusaciones planteadas en procesos de amparo. En el año 2023 se inadmitieron las recusaciones presentadas contra magistrados constitucionales por razón del proceso independentista catalán en los AATC 236/2023, de 9 de mayo; 483/2023, de 24 de octubre y 490/2023, de 24 de octubre. Y en el año 2024, en los AATC 5/2024, de 30 de enero y 29/2024, de 9 de abril, ambos desestimatorios de recursos de súplica presentados contra autos de inadmisión de las recusaciones formuladas en procesos de amparo.

21. Respecto del magistrado Juan Carlos Campo, cfr., entre otros, el ATC 7/2023, de 24 de enero, que estima justificada su abstención en unos recursos de inconstitucionalidad por su participación como Ministro de Justicia en los trabajos prelegislativos dirigidos a la aprobación del proyecto de ley que dio lugar a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual; los AATC 62/2023, de 21 de febrero y 377/2023, de 18 de julio, que admiten su abstención por la participación del magistrado, en su condición de Diputado, en las votaciones del Pleno y de la Diputación Permanente del Congreso de los Diputados que aprobaron varios Reales Decretos-ley o la convalidación de un Real Decreto-ley, impugnados en los correspondientes recursos o cuestiones de inconstitucionalidad; los AATC 29/2023, de 7 de febrero; 326/2023, de 20 de junio; 433/2023, de 12 de septiembre; 14/2024, de 13 de febrero y 50/2024, de 21 de mayo, que admiten su abstención por la condición de Ministro de Justicia y miembro de los consejos de ministros que aprobaron diferentes normas (Reales Decretos de declaración de estado de alarma, Reales Decretos-ley y proyectos de ley) que, tras su tramitación parlamentaria, dieron lugar a su impugnación mediante recursos o cuestiones de inconstitucionalidad. Por lo que se refiere a algunas de las recusaciones presentadas contra el magistrado Juan Carlos Campo, por haber sido Diputado y Ministro de Justicia, el Tribunal, inadmite de plano las promovidas contra él en el ATC 70/2023, de 21 de febrero, en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre; el ATC 68/2023, de 21 de febrero, que inadmite las recusaciones promovidas contra él en ocho recursos de inconstitucionalidad por extemporaneidad de los incidentes planteados y porque ya se había admitido su abstención; o los AATC 483, 484 y 489/2023, de 24 de octubre, en unos procesos de amparo, por no justificar ni argumentar la participación del magistrado en decisión alguna como miembro del Gobierno de España o como parlamentario del Congreso que tenga relación con el objeto del proceso.

22. Por lo que se refiere a la magistrada Laura Díez, se han considerado justificadas sus abstenciones por haber participado por su condición de Vicepresidenta del Consejo

peñado empleo o ejercido profesión con ocasión de los cuales haya participado directa o indirectamente en el asunto objeto del pleito o causa o en otro relacionado con el mismo» y la n.º 16: «haber ocupado el juez o magistrado cargo público o administrativo con ocasión del cual haya podido tener conocimiento del objeto del litigio y formar criterio en detrimento de la debida imparcialidad». En el caso del magistrado Juan Carlos Campo han sido invocadas y admitidas también otras causas de abstención como la n.º 11 del art. 219 LOPJ: «haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia», por su anterior condición de magistrado de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional[23]; y la n.º 1 del art. 219 LOPJ: «el vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable» con las partes, por la relación personal del magistrado con la Presidenta del Congreso de los Diputados[24].

---

de Garantías Estatutarias de Cataluña, en la emisión y firma de los dictámenes correspondientes, entre otros, en el ATC 5/2023, de 24 de enero, en una cuestión de inconstitucionalidad presentada contra una proposición de ley y un Decreto-ley 6/2022, de 30 de mayo; en los AATC 33 y 34/2023, de 7 de febrero, en un recurso de inconstitucionalidad presentado contra varios preceptos de las normas anteriores y en el ATC 449/2023, de 10 de octubre, en un proceso de amparo contra resoluciones judiciales aplicativas de las normas impugnadas. En lo que concierne a algunas de las recusaciones presentadas contra la magistrada por haber participado en su condición de Directora general de Asuntos Constitucionales y Coordinación Jurídica del Ministerio de la Presidencia, en la tramitación de diversas disposiciones legislativas impugnadas en los correspondientes recursos de inconstitucionalidad, pueden citarse, entre otros, los AATC 69/2023, de 21 de febrero y 665/2023, de 12 de diciembre, que las inadmite por la extemporaneidad de los incidentes de recusación planteados y por la pérdida sobrevenida de su objeto al haber aceptado anteriormente el Tribunal la abstención formulada por la magistrada; el ATC 70/2023, de 21 de febrero, que inadmite de plano las recusaciones promovidas en un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre; el ATC 104/2023, de 7 de marzo, que inadmite también las recusaciones planteadas por carecer de objeto, al tratarse de procedimientos de inconstitucionalidad ya conclusos y el ATC 432/2023, de 11 de septiembre, que inadmite una recusación presentada en un recurso de amparo electoral por no poder subsumirse en la causa recusatoria, al carecer de relación suficiente y adecuada con los hechos objeto del proceso.

23. AATC 53/2023, de 16 de febrero y 3/2024, de 23 de enero, que estiman justificada su abstención en un recurso de amparo, al haber formado parte del órgano judicial que dictó la resolución impugnada en amparo. Por el contrario, el ATC 33/2024, de 9 de abril, no admite la recusación promovida contra el magistrado en un recurso de amparo, al carecer manifiestamente de fundamento.

24. AATC 29/2023, de 7 de febrero; 52/2023, de 16 de febrero y 10/2024, de 12 de febrero, que estiman justificadas sus abstenciones por la participación de la Presidenta del Congreso de los Diputados en el dictado de las resoluciones parlamentarias objeto de impugnación en los procedimientos de amparo. También se alegan y se consideran justificadas las causas de abstención nº. 14 del art. 219 LOPJ: «encontrarse el juez o

4.ª) A que otro de los magistrados más recusados por varias causas del art. 219 LOPJ, desde su designación por el Congreso de los Diputados en noviembre de 2021, ha sido Enrique Arnaldo Alcubilla, por su condición de abogado, profesor universitario y miembro de la Junta Electoral Central y letrado de Cortes Generales[25].

A continuación, comentamos dos de las últimas decisiones adoptadas por el Tribunal Constitucional, que introducen alguna novedad sobre la doctrina constitucional en materia de abstenciones y recusaciones de sus magistrados. Se trata de los AATC 177/2022, de 19 de diciembre y 28/2023, de 7 de febrero[26].

---

magistrado con la autoridad o funcionario que hubiese dictado el acto o informado respecto del mismo o realizado el hecho por razón de los cuales se sigue el proceso en alguna de las circunstancias mencionadas en las causas 1 a 9, 12, 13 y 15 de este artículo» y n.º 15: «el vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable (…) con el juez o magistrado que hubiera dictado resolución o practicado actuación a valorar por vía de recurso o en cualquier fase ulterior del proceso». Por el contrario, el ATC 68/2023, de 21 de febrero, no admite la recusación presentada contra el magistrado en un proceso de amparo por las causas n.º 1 y 9 del art. 219 LOPJ, por tener una relación personal con la Presidenta del Congreso, porque las resoluciones impugnadas no se dictaron por la Presidenta del Congreso, sino que procedían de un acuerdo de la Mesa de la Comisión de Justicia del Congreso.

25. El magistrado Arnaldo Alcubilla ha sido recusado en algunos de los asuntos relacionados con el proceso de independencia de Cataluña, por las causas n.º 6, 10, 13 y 16 del art. 219 LOPJ, por haber actuado durante varios años como representante procesal y defensor de la Junta Electoral Central, en su condición de letrado de las Cortes Generales (AATC 72/2022, de 27 de abril; 73/2022, de 27 de abril 82/2022, de 11 de mayo); por sus opiniones o manifestaciones como profesor y jurista publicadas en libros de su autoría y en artículos de opinión recogidos en medios de comunicación escritos, o vertidas en conferencias (AATC 72/2022, de 27 de abril; 73/2022, de 27 de abril; 82/2022, de 11 de mayo; 149/2022, de 15 de noviembre; 156/2022, de 16 de noviembre); o por su relación con el Partido Popular y con la Fundación FAES, según manifestaciones efectuadas por diputados de un Grupo Parlamentario en el Congreso (ATC 82/2022, de 11 de mayo). A las recusaciones habría que añadir también la admisión de varias abstenciones por haber sido abogado defensor de la parte recurrente en procesos de amparo por las causas n.º 6 del art. 219 LOPJ (AATC 132/2022, de 13 de octubre; 147/2022, de 14 de noviembre), n.º 4 del art. 219 LOPJ (ATC 140/2022, de 7 de noviembre); n.º 13 del art. 219 LOPJ (AATC 69/2022, de 19 de abril; 133/2022, de 18 de octubre).

26. A ellos nos hemos referido ampliamente en nuestro trabajo «La abstención y recusación de los Magistrados…», ob. cit., pp. 39-58.

2. UNA CONTROVERTIDA INADMISIÓN LIMINAR DE LA RECUSACIÓN DE MAGISTRADOS CONSTITUCIONALES EN UN PROCESO DE AMPARO POR LA CAUSA DEL ART. 219.10 LOPJ: EL ATC 177/2022, DE 19 DE DICIEMBRE

El ATC 177/2022, de 19 de diciembre, es un ejemplo de una utilización lamentable del Tribunal Constitucional por las fuerzas políticas —que pugnan por su control— para que resuelva una cuestión, que además le afecta directamente, cuando aquellas son incapaces de llegar a pactos para renovar órganos constitucionales del Estado. El auto admite a trámite un recurso de amparo presentado por varios miembros del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso contra determinadas resoluciones parlamentarias, como el acuerdo de la Mesa de la Comisión de Justicia del Congreso, de 12 de diciembre de 2022, que había calificado y admitido a trámite dos enmiendas parciales sobre 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. Las enmiendas que se incorporan durante la tramitación parlamentaria por el procedimiento de urgencia de la proposición de Ley Orgánica tenían por objeto modificar determinados preceptos de otras leyes orgánicas cuyo contenido no guardaba «conexión de homogeneidad» con el texto de aquella, la LOPJ y la LOTC, en relación con el sistema de designación de dos magistrados del Tribunal Constitucional a propuesta del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) y del Gobierno[27]. En el asunto subyace el conflicto político que, desde hace años, existe entre los partidos mayoritarios para renovar el Pleno del CGPJ y un tercio de los magistrados del Tribunal Constitucional. Para los diputados recurrentes, la admisión de las enmiendas heterogéneas por la Mesa de la Comisión de Justicia del Congreso vulneraba sus derechos fundamentales al ejercicio del cargo representativo del art. 23.2 CE y a la participación política del art. 23.1 CE.

Un acuerdo polémico que adopta el auto es la suspensión cautelar, conforme al art. 56.6 LOTC, de la tramitación parlamentaria de las enmiendas que modifican la LOPJ y la LOTC, introducidas en la citada Proposición de

27. Como se verá más adelante, una de las enmiendas trataba de suprimir de la LOTC el trámite de verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos por la Constitución y la LOTC de sus nuevos magistrados por parte del Pleno del Tribunal. La otra pretendía reformar las mayorías exigidas por la LOPJ al CGPJ para designar los dos magistrados del Tribunal Constitucional que le corresponden constitucionalmente.

Ley Orgánica de transposición de directivas europeas y otras disposiciones[28].

Otro acuerdo de la resolución, el que aquí nos interesa, es la inadmisión a trámite de las recusaciones promovidas contra los magistrados Pedro José González-Trevijano Sánchez y Antonio Narváez Rodríguez, por quienes habían solicitado personarse como coadyuvantes de la parte demandada en el recurso de amparo, algunos diputados miembros de grupos parlamentarios que habían presentado y apoyado las enmiendas parciales a la proposición de Ley Orgánica para modificar algunos preceptos de la LOPJ y la LOTC. El Tribunal los tiene por personados en el proceso de amparo, en la condición de coadyuvantes de la parte demandada, por ostentar interés legítimo, pero considera que carecen, en ese momento procesal, de legitimación para instar la recusación de los magistrados constitucionales, al no estar constituida todavía la relación jurídico-procesal. Estamos ante un auto que dedica una amplia argumentación a las recusaciones, tanto en la parte de los fundamentos jurídicos como, sobre todo, en la de los votos particulares formulados contra él. En su examen distinguiremos dos cuestiones controvertidas: una, la inadmisión por motivos formales o procesales, en particular la falta de legitimación para recusar en un proceso de amparo cuando la recusación se formula en un momento en el que aún no está constituida la relación jurídico-procesal; otra, la inadmisión por motivos de fondo, cuando la causa de recusación invocada, la del art. 219.10 LOPJ, carece de fundamento por no existir relación con el objeto del proceso de amparo.

2.1. LA NOVEDOSA INADMISIÓN LIMINAR DE LA RECUSACIÓN POR LA FALTA DE LEGITIMACIÓN PARA RECUSAR DE LOS COADYUVANTES DE LA PARTE DEMANDADA

Una de las cuestiones que primero resuelve el Tribunal es la solicitud de diputados de los Grupos parlamentarios Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia y Socialista de ser tenidos por comparecidos y parte en el recurso de amparo y de recusar a los magistrados González-

28. Cfr. los comentarios críticos de Ortega Santiago, C., «Notas de futuro sobre el derecho de enmienda, el procedimiento legislativo y su posible suspensión cautelar en el recurso de amparo parlamentario, a la luz del Auto 177/2022 del Tribunal Constitucional», *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 38, 2023, pp. 38-58; García Martínez, M. A., «Las garantías de los derechos de los parlamentarios. El caso singular del ATC 177/2022», *Revista de las Cortes Generales*, n.º 115, 2023, pp. 143-190 y Urías, J., «Un auto político. Comentario al ATC 177/2022, de 19 de diciembre», *Blog de la Revista catalana de Dret public*, 15 de febrer de 2023, disponible en: https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2023/02/15/un-auto-politico-comentario-al-atc-177-2022-de-19-de-diciembre-joaquin-urias.

Trevijano y Narváez Rodríguez, por hallarse incursos en la causa n.º 10 del art. 219 LOPJ: «tener interés directo o indirecto en el pleito o causa».

La mayoría del Tribunal, conforme a lo dispuesto en el art. 47.1 LOTC, estima procedente tenerlos por personados, al ostentar interés legítimo en el objeto del proceso, bajo la condición de coadyuvantes de la parte demandada, pero a partir de un momento determinado: «una vez acordada la admisión a trámite del presente recurso de amparo y el consiguiente emplazamiento de la demandada». En virtud de ello, el Tribunal entiende que los coadyuvantes «carecen en este momento procesal de legitimación para instar la recusación de los magistrados del Tribunal Constitucional, por no estar constituida la relación jurídico-procesal». Es decir, el Tribunal acepta que pueden personarse en el proceso principal como coadyuvantes de la parte demandada, por tener un interés directo en él. Pero el momento a partir del cual pueden hacerlo es cuando se dicte la providencia de admisión a trámite del recurso de amparo y se emplace a la demandada, no antes. Como todavía no se había dictado la providencia de admisión a trámite del recurso de amparo y, por tanto, no se había constituido la relación jurídico-procesal, el Tribunal no los considera personados y les niega la legitimación para recusar. Para ello, acude a lo dispuesto en los arts. 101 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) y 218.1 LOPJ (preceptos aplicables al recurso de amparo por remisión del art. 80 LOTC), en virtud de los cuales entiende que solamente pueden recusar las partes, comprendiendo estas «tanto las que sean parte como aquellas que tengan derecho a tener tal condición», que solo «podrán proponer la recusación una vez que se personen en el proceso» (FJ 2).

La mayoría del Tribunal concluye, sin más argumentación, que la privación a los diputados de los grupos proponentes de las enmiendas de la facultad de recusar a los magistrados no supone «la vulneración del derecho al juez imparcial que garantiza el art. 24.2 CE» (FJ 2). De acuerdo con este modo de proceder, la inadmisión de plano de la recusación por las razones formales expuestas implica que los magistrados recusados sigan integrando el Pleno que debata y decida, no solo las demás circunstancias relacionadas con las recusaciones presentadas contra ellos, sino también las demás cuestiones planteadas en el caso.

Creo que la posición mayoritaria del Pleno está mínimamente fundamentada. Me convencen más las explicaciones dadas por los magistrados que han formulado un Voto particular al auto. Para el magistrado Juan Antonio Xiol Ríos, se trata de una decisión excesivamente «formalista» que deja «imprejuzgada» la petición de los solicitantes de la recusación utilizando el argumento de que «no eran todavía parte comparecida» (Aparta-

dos 5.º y 11.º). La doctrina establecida por el Tribunal de que «los interesados en los procedimientos constitucionales en los que pueden comparecer terceros no pueden personarse hasta que el proceso no se admita a trámite» no debiera interpretarse de forma rígida. Debiera admitir como excepción los «supuestos en que la personación incluye una petición de recusación de los magistrados que hayan de decidir sobre la admisibilidad del procedimiento constitucional». La decisión de admitir a trámite un recurso de amparo «puede afectar a los derechos e intereses de terceros y, por tanto, estos, en iguales circunstancias, estarían legitimados para comparecer en el proceso constitucional antes de que el Tribunal se pronuncie sobre su admisibilidad» (Apartado 7.º). Más aún, cuando el examen de «la tutela de la imparcialidad judicial en la decisión misma de admisibilidad mediante una recusación» no puede ser aplazado. Con independencia de que el art. 218 LOPJ limite la posibilidad de recusar a las partes procesales. Como indica el magistrado Xiol Ríos, una interpretación sistemática de ese precepto con el art. 217 LOPJ, que establece que «el juez o magistrado en quien concurra alguna de las causas establecidas legalmente se abstendrá del conocimiento del asunto sin esperar a que se le recuse», debe llevar a entender que, «en relación con las decisiones de admisión de un procedimiento, quien pudiera tener un interés legítimo en el mismo puede recusar antes incluso de que se haya decidido la admisión y se tenga la posibilidad de considerarlo parte» (Apartado 8.º).

Los magistrados Cándido Conde-Pumpido Tourón, Ramón Sáez Valcárcel e Inmaculada Montalbán Huertas discrepan también, en su Voto particular, del criterio formal seguido por la posición mayoritaria del Pleno de inadmitir *a limine* la recusación solicitada atendiendo al momento en que queda constituida la relación jurídico-procesal en el proceso de amparo: «es un argumento *ad hoc* y novedoso». Para los magistrados discrepantes, «nunca ha sido utilizado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para justificar el rechazo liminar de una solicitud de recusación». En el presente caso, «carece de consistencia dado que la personación y la recusación se han solicitado simultáneamente, por lo que nada justifica rechazar el estudio de la segunda una vez se reconoce que ostentan un interés legítimo para personarse en la causa» (Apartado 3.2.1). En opinión de los magistrados discrepantes, el auto aprobado por la mayoría acepta la personación de los parlamentarios «por ostentar interés legítimo, en la condición de coadyuvantes de la parte demandada»; pero, seguidamente, mediante un «sintético e inexplicado argumento» les niega la legitimación para recusar «por no estar constituida la relación jurídico-procesal». Esta posición da a entender «que el rechazo *a limine* se produce porque, de forma procesalmente diligente, plantearon la recusación simultáneamente a su solicitud de per-

sonación» (...). Se «convierte la diligencia procesal en una causa de inadmisión». Creo que existe una desigualdad de armas en ese momento procesal anterior a la admisión del amparo.

2.2. LA INADMISIÓN LIMINAR DE LA RECUSACIÓN POR LA CAUSA DEL ART. 219.10 LOPJ AL NO TENER LOS MAGISTRADOS UN INTERÉS DIRECTO O INDIRECTO EN EL PROCESO

Como se ha dicho, los diputados de los grupos parlamentarios que apoyaban las enmiendas solicitan no solo su personación en el proceso principal como coadyuvantes de la parte demandada, sino también la recusación de los magistrados González-Trevijano y Narváez Rodríguez, por estar incursos en la causa del art. 219.10 LOPJ: «tener interés directo o indirecto en el pleito o causa». Para los recusantes, los magistrados incurrían en esta causa de recusación porque el contenido material de las enmiendas, cuya admisión eran objeto de impugnación, les afectaba en «su situación institucional»[29] (FJ 2).

La mayoría del Tribunal entiende que la causa de recusación invocada del art. 219.10 LOPJ, carece de fundamento por estar desconectada del objeto del recurso de amparo, la vulneración del derecho de los diputados recurrentes al ejercicio del cargo representativo (art. 23.2 CE), en relación con el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de representantes (art. 23.1 CE), al haber introducido la mayoría parlamentaria enmiendas heterogéneas a la proposición de Ley orgánica (FJ 2).

Para la posición mayoritaria del Tribunal, «es palmario» que los magistrados recusados, cuyo mandato había expirado, «no ostentan interés directo o indirecto alguno» en el recurso de amparo, ya que «lo que ha de dilucidarse en el mismo es si el procedimiento legislativo vulneró los derechos de participación política de los diputados recurrentes en amparo», al

29. Como se indica en los escritos de recusación, «los magistrados recusados fueron nombrados a propuesta del Gobierno», habiendo «cumplido ya el plazo para su renovación» y habiendo procedido el Gobierno a «proponer los dos nuevos magistrados». Las enmiendas reforman la LOTC, «en particular la enmienda núm. 62», que «la modifica con el fin de hacer posible la renovación del Tribunal Constitucional en lo que atañe a los magistrados nombrados a propuesta del Gobierno y del Consejo General del Poder Judicial, para que pueda hacerse de manera separada mediante la supresión del trámite de verificación de los requisitos de sus nuevos miembros por parte del Pleno». Esta reforma «haría posible la renovación inmediata de los magistrados designados por el Gobierno, cuyo mandato ha caducado y sus sustitutos nombrados». En consecuencia, estos «se verían directamente afectados por ella» (Voto particular de los magistrados Cándido Conde-Pumpido, Ramón Sáez Valcárcel e Inmaculada Montalbán, Apartado 3.2.2).

haberse admitido a trámite por la Comisión de Justicia del Congreso las enmiendas a la proposición de Ley orgánica que modificaban las LOPJ y LOTC. El Tribunal añade que este caso es totalmente diferente del examinado en el ATC 387/2007, de 16 de octubre, en el que el Pleno estimó justificada la abstención, al amparo del art. 219.10 LOPJ, de quienes eran Presidenta y Vicepresidente del Tribunal, en el enjuiciamiento del recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, que modificó la LOTC. Entre otros motivos, porque en este supuesto «podría suscitarse apariencia de pérdida de imparcialidad, habida cuenta que los magistrados abstenidos ostentaban en aquel momento la presidencia y la vicepresidencia de este Tribunal precisamente por virtud de lo establecido en uno de los preceptos cuya constitucionalidad se discutía en el recurso de inconstitucionalidad, por lo que no era posible negar que la suerte de ese proceso constitucional podría tener incidencia directa e inmediata en la singular y exclusiva situación de ambos magistrados»[30] (FJ 2).

La mayoría del Tribunal, de modo exagerado, hipotético e improcedente —probablemente para justificar la inadmisión liminar—, considera, además, que las recusaciones planteadas son abusivas y «selectivas», ya que se promueven solo respecto de dos de los cuatro magistrados que han de cesar en el ejercicio de sus funciones por expiración del plazo de su nombramiento, para apartarlos del conocimiento del asunto. Si se apreciaran las recusaciones, aventura el Tribunal, dada la actual composición del Tribunal Constitucional, no podría alcanzase el quórum mínimo necesario para que el Tribunal pudiera ejercer sus competencias (FJ 2).

30. La Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de reforma de la LOTC, introducía en el art. 16.3 LOTC una previsión por la que se prorrogaban, con carácter general, los mandatos del Presidente y Vicepresidente del Tribunal hasta que se produjera la renovación del órgano y tomasen posesión los nuevos magistrados. Para la mayoría del Tribunal, aunque la norma afectaba a todos los magistrados en un futuro hipotético «como eventuales electores y elegibles», su reforma incidía de forma real, singular, exclusiva y directa sobre los magistrados que proponen su abstención (ATC 387/2007, de 16 de octubre, FJ 6). El Tribunal acepta la abstención porque los magistrados pueden tener interés directo en la causa, a pesar, como reconoce Matia Portilla, F. J., «Sobre la adscripción partidaria de los magistrados…», ob. cit., pp. 248-249, de los poderosos argumentos que jugaban en contra, según el FJ 7 del auto, «el carácter abstracto del enjuiciamiento», «la hipotética y futura posible afectación a los restantes miembros del Tribunal» y «la conservación de la composición de éste». El profesor Matia Portilla comparte los argumentos esgrimidos en los Votos Particulares suscritos por los magistrados Pérez Vera, Sala Sánchez, Aragón Reyes y Pérez Tremps: «un magistrado del Tribunal Constitucional, por el sólo hecho de que la Ley afecte a su estatuto de miembro del mismo, no puede quedar inhabilitado para juzgar la Ley destinada, precisamente, a regular al propio Tribunal y, por ello, inevitablemente dirigida a regular, como ocurre con la norma objeto de este caso, el estatuto de los miembros que componen la institución» (Apartado 2.º).

Comparto nuevamente la posición mantenida por el magistrado Juan Antonio Xiol Ríos, en su Voto particular, cuando reconoce que, aun existiendo «una posible conexión de la situación personal de los recusados con el objeto de las enmiendas cuestionadas», pues «la prolongación de sus situaciones de magistrados en funciones sí resulta potencialmente afectada por la regulación que se pretende modificar», no concurriría la causa de recusación del art. 219.10 LOPJ, «ya que solo muy indirectamente puede afirmarse su interés en la causa ya que su mandato de nueve años, de acuerdo con lo que establece el art. 159.3 CE, ha concluido y, en consecuencia, la necesidad de su renovación no deriva de la reforma legal que es objeto de tramitación en el procedimiento parlamentario en el que se ha acordado incluir las enmiendas, sino de la propia Constitución» (Apartado 14.º). No obstante, el magistrado Xiol Ríos, insiste en que la actuación adecuada del Pleno del Tribunal tendría que haber sido resolver la petición de recusación de los magistrados con la exclusión de estos del Pleno, ya que no había razones procesales ni de fondo para inadmitir de plano las recusaciones, ni tampoco resultaba afectado el quórum necesario para conformar el Pleno[31]. Una vez admitido el incidente recusatorio, podría haberse dictado una resolución sobre el fondo de la recusación (estimar o no la causa) «tomando en consideración las alegaciones formuladas por todas las partes procesales personadas» (Apartado 16.º).

Los magistrados Cándido Conde-Pumpido Tourón, Ramón Sáez Valcárcel e Inmaculada Montalbán Huertas, en su Voto particular, discrepan también del acuerdo de la mayoría de inadmitir de modo liminar la recusación por razones de fondo. Algunos de los argumentos esgrimidos son los siguientes:

1.º) La causa de recusación del art. 219.10 LOPJ, según la interpretación efectuada por el Tribunal hasta ahora y dada su «naturaleza objetiva», «se concreta en la existencia de un interés en el resultado del proceso constitucional en el que se formula» e «implica considerar aquello que proporciona al magistrado una ventaja o beneficio o le evita una carga o perjuicio, para sí o para sus allegados. Ha de tratarse de un interés singularizado en relación con el concreto proceso

31. En el momento de dictarse el auto, el Tribunal lo componen once magistrados. El quórum necesario para su válida constitución sería ocho (dos tercios de sus miembros). Quórum que se cumple sin la presencia de los dos magistrados recusados (Apartado 13.º). De otro lado, en opinión del magistrado Xiol Ríos, no han concurrido razones formales o de fondo para inadmitir de plano la recusación, ya que se han cumplido los requisitos procesales («se cita causa de recusación y los hechos que la fundamentan») y tampoco se aprecian razones de fondo para su inadmisión («reiteración u otras circunstancias ligadas al proceso del que derivar que se hace en fraude de ley o con abuso de derecho») (Apartado 15.º).

en que se plantee la recusación y actual [AATC 17/2020, FJ 3 b), y 73/2022, FJ 4 a)]» (Apartado 3.2.2).

2.º) Conforme a esta doctrina, los hechos presentados por los recusantes «se corresponden con el motivo de recusación aducido, el interés directo o indirecto» de los magistrados en el proceso. La concurrencia de esta causa no puede descartarse de forma inmediata, porque, entre otras razones, una de las enmiendas que modifica la LOTC (la n.º 62) les afecta directamente, ya que, como se ha dicho, «la supresión del trámite de verificación de los requisitos de sus nuevos miembros por parte del Pleno» «haría posible la renovación inmediata de los magistrados (recusados) designados por el Gobierno, cuyo mandato ha caducado y sus sustitutos nombrados». (Apartado 3.2.2).

3.º) Para los magistrados discrepantes, de los que disiento en este argumento, es aplicable al caso, como precedente jurisprudencial, el ATC 387/2007, de 16 de octubre, que admitió la abstención de la Presidenta y del Vicepresidente por la reforma de 2027 de la LOTC que prorrogaba su mandato. Con su aplicación, el Tribunal podía haber acordado la admisión de la recusación. Para los magistrados, «es indudable» que en el presente caso se está ante «un recurso de amparo parlamentario en el que no se dirime directamente la constitucionalidad de una ley» (como en el ATC 387/2007); pero tampoco les «ofrece dudas que la suspensión de la enmienda tiene incidencia directa sobre el mandato caducado de los recusados», al igual que «de aprobarse la proposición legislativa, su entrada en vigor tiene efecto directo sobre la continuidad de ambos magistrados»[32]. En otras palabras, entre los magistrados recusados y la pretensión de amparo existe una relación directa «que expresa un interés preciso» y «evidencia un beneficio o evita un perjuicio a los magistrados recusados» (Apartado 3.2.2).

32. Aunque la finalidad de la enmienda para reformar la LOTC es proceder a la renovación de los magistrados del Tribunal Constitucional designados por el Gobierno, sin esperar al nombramiento de los otros dos que corresponden al CGPJ, comparto la opinión de la mayoría del Tribunal de que la renovación del Tribunal ha de realizarse por tercios, conforme a lo previsto en los arts. 159.3 CE y 16.3 LOTC. Así me he pronunciado en Delgado del Rincón, L. E.: «Encuesta sobre el poder judicial». *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º. 50, 2022, p. 38, de acuerdo con una interpretación literal del mandato contenido en el art. 159.3 CE. De lo contrario, se estaría admitiendo una renovación por terceras partes para el Congreso y para el Senado y otra distinta, en momentos diferentes, para los otros dos órganos constitucionales, el CGPJ y el Gobierno, que el constituyente no previó.

3. LA INADMISIÓN SINGULAR DE LA ABSTENCIÓN DE UNA MAGISTRADA CONSTITUCIONAL MEDIANTE UNA INTERPRETACIÓN MUY ESTRICTA DE LA CAUSA DEL ART. 219.16 LOPJ: EL ATC 28/2023, DE 7 DE FEBRERO

Las decisiones adoptadas por el Tribunal Constitucional sobre abstenciones de sus magistrados gozan, por regla general, del acuerdo unánime de sus miembros, que estiman justificados los motivos invocados. De ahí su lacónica y breve redacción. En las recusaciones, encontramos, por el contrario, algunos casos con una fuerte fractura del Tribunal a la hora de admitirlas o no, dictándose resoluciones con una fundamentación extensa y emisión de votos particulares[33].

El ATC 28/2023, de 7 de febrero, considera no justificada la abstención presentada por la magistrada D.ª Concepción Espejel Jorquera en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto en 2010 por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo («ley del aborto»).

La magistrada comunicó al Presidente del Tribunal Constitucional la voluntad de abstenerse del conocimiento del recurso de inconstitucionalidad, al considerar que estaba incursa en la causa del art. 219.16 LOPJ: «haber ocupado el juez o magistrado cargo público o administrativo con ocasión del cual haya podido tener conocimiento del objeto del litigio y formar criterio en detrimento de la debida imparcialidad». Alegó que, en su condición de vocal del CGPJ e integrante del Pleno y de la Comisión de Estudios e Informes, participó en la preparación, deliberación y votación del borrador de un informe previo sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, cuya posterior tramitación parlamentaria dio lugar a la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, objeto del recurso de inconstitucionalidad. Explicó y documentó que, en el ejercicio de la función consultiva del órgano, votó en contra de la propuesta de informe emitido por la Comisión de Estudios e Informes en relación con el citado anteproyecto de ley orgánica, y a favor de una enmienda a la totalidad —que redactó con otro vocal— presentada al informe aprobado por la Comisión. La magistrada indicó también que el Pleno del CGPJ desestimó tanto la propuesta de informe como la enmienda

33. Cfr., por ejemplo, los AATC 26/2007, de 5 de febrero y el ya citado 387/2007, de 16 de octubre, que estimaron justificadas la recusación del magistrado Pérez Tremps, en el primero, y las abstenciones de la Presidenta y Vicepresidente del Tribunal, en el segundo.

a la totalidad, al no alcanzar ninguna de las dos la mayoría necesaria para su aprobación (Antecedente 3.º y FJ 1).

El Tribunal Constitucional recuerda que las causas de abstención y recusación han de interpretarse de manera restrictiva ante la naturaleza singular del órgano y de los procesos constitucionales a él sometidos. Estamos ante una jurisdicción en la que hay que salvaguardar el quórum mínimo para decidir del único órgano que la compone y en la que, en los procesos de control de constitucionalidad de las leyes, la «relación del juez constitucional con las partes y con el objeto del enjuiciamiento es distinta a la que se da en la aplicación de la legalidad en la jurisdicción ordinaria» (FJ 2).

Por lo que se refiere a la causa de abstención del art. 219.16 LOPJ, que guarda relación estrecha con la n.º 13 que la precede[34], el Tribunal, citando algunos precedentes, reitera que para apartarse o apartar del conocimiento de un asunto a un juez es preciso que concurran y se acrediten dos requisitos: 1.º) que «haya tenido relación con el objeto del litigio», con ocasión «del anterior ejercicio de un cargo público o administrativo»; y 2.º) que, además, haya «podido formar criterio contra alguna de las partes como consecuencia de dicha relación», «en detrimento de la debida imparcialidad». Por lo tanto, no queda justificada la recusación ni la abstención de un juez constitucional u ordinario por el mero hecho de que tenga un criterio jurídico sobre los asuntos que vaya a resolver. Habrá que estar a «las condiciones y circunstancias en las que ese criterio previo se ha formado», ya que no resulta extraño que un juez, antes de que acceda al cargo, «en el ejercicio de sus respectivas profesiones de procedencia», se haya pronunciado «voluntaria u obligadamente sobre materias jurídicas que, finalmente, pueden llegar a ser objeto directo o indirecto de la labor de enjuiciamiento constitucional» (FJ 3).

3.1. LOS ARGUMENTOS DE LA DECISIÓN DE LA MAYORÍA QUE JUSTIFICAN LA INADMISIÓN DE LA RECUSACIÓN

El Tribunal Constitucional, para apoyar su decisión, menciona algunos precedentes, entre otros, el ATC 226/2002, de 20 de noviembre, que desestimó una recusación del Gobierno Vasco contra el Presidente del Tribunal

34. Que el juez haya «ocupado cargo público, desempeñado empleo o ejercido profesión, con ocasión de los cuales haya participado directa o indirectamente en el asunto objeto del pleito o causa o en otro relacionado por el mismo». En general, sobre la interpretación de esta causa de abstención del art. 219.16 LOPJ, vid. Calvo Sánchez, M. C., *Control de la imparcialidad*…, ob. cit., pp. 340-349 y Corte Heredero, C., y Moreno Fernández, J. I., «Artículo 80», ob. cit., pp. 886-887.

Constitucional, al considerar que las declaraciones que había hecho a unos medios de comunicación sobre la Ley Orgánica de Partidos Políticos no habían comprometido su opinión sobre el asunto objeto del proceso constitucional (recurso de inconstitucionalidad), acreditando tener un interés directo en la desestimación del recurso (art. 219.9 LOPJ)[35]. También invoca los AATC 280/2006, de 18 de julio y 140/2012, de 4 de julio, que aceptaron la abstención de los magistrados solicitantes (ambos expresidentes del CGPJ y del Tribunal Supremo), en unos recursos de inconstitucionalidad, por haber participado en la elaboración de unos informes previos emitidos por el CGPJ sobre unas normas ahora impugnadas. El Tribunal afirmaba «lacónicamente» que la participación previa de los magistrados «puede integrarse en las causas decimotercera y decimosexta del art. 219 LOPJ», sin que, como se dice en el ATC 28/2023, de 7 de febrero, se añada «desarrollo argumental alguno que pueda ser tomado en consideración como precedente» (FJ 3).

El Tribunal valora algunas de las circunstancias y condiciones en las que se formula la abstención. Esta se presenta «en un proceso de control abstracto de la constitucionalidad de una ley» en el que, como ha reconocido la magistrada, «se apoya en la opinión jurídico-constitucional exteriorizada doce años antes de adquirir la condición de magistrada del Tribunal Constitucional al intentar ejercer la función consultiva sobre un anteproyecto de ley (...), la cual resultó fallida dado que las propuestas de informe y enmienda sometidas a debate no recibieron el número de apoyos necesario» (FJ 4).

El Tribunal Constitucional no sigue aquí la práctica general de admitir las abstenciones presentadas por sus magistrados, salvo en contadas excepciones, incluso en supuestos similares al examinado. Desestima la abstención solicitada, atendiendo a las «circunstancias» del caso y a las siguientes razones (FJ 4):

1.ª) Por el tipo de proceso en que se plantea la abstención, «un proceso objetivo y abstracto de control de constitucionalidad de una ley», en el que no se «ventilan intereses particulares con los que quepa alinearse».

2.ª) Porque no coincide el objeto del presente recurso de inconstitucionalidad con el de la función consultiva ejercida por la magistrada como

35. El Tribunal cita también como precedente la STC 5/2004, de 16 de enero, que no estima la recusación presentada contra el Presidente del CGPJ y del Tribunal Supremo, por haber participado en la emisión de un informe consultivo sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de Partidos Políticos que, posteriormente, dio lugar a la Ley Orgánica 6/2002, que hubo de aplicar como Presidente de la Sala jurisdiccional del art. 61 LOPJ.

vocal del CGPJ. A juicio del Tribunal, «ni el fallido informe versó sobre una ley vigente —como ocurre en este recurso— ni existía en aquel momento la pretensión impugnatoria que ahora corresponde al Tribunal Constitucional resolver». El Tribunal no aprecia «datos objetivos, que permita sospechar que la juez constitucional vaya a poner el ejercicio de su función al servicio del interés particular de una de las partes en las que se formaliza contradictoriamente el debate».

3.ª) Porque la causa invocada se vincula «de forma exclusiva, con la exteriorización de un criterio jurídico más de doce años antes de acceder al cargo de magistrada». Para el Tribunal, «esta distancia temporal ha sido tomada en consideración en varias ocasiones anteriores para rechazar la incidencia de las manifestaciones sobre el deber de imparcialidad (ATC 107/2021, de 15 de diciembre, FJ 4)». Además, continúa diciendo el Tribunal, «en el pronunciamiento emitido (...) en los trabajos preparatorios de la función consultiva» del CGPJ (Comisión y Pleno), «a la que venía obligada, solo expresó un criterio jurídico». Y que «estos, cuando son abstractos y no hay vinculación con las partes, no inhabilitan para ejercer la jurisdicción constitucional».

4.ª) Porque el Tribunal entiende que la función consultiva del CGPJ «no llegó a ser ejercitada», ya que «los trabajos preparatorios del informe no vinculante solicitado por el Gobierno de la Nación [al Consejo] (...) no dieron lugar a la aprobación del dictamen solicitado», «lo que impidió su traslado al Gobierno, promotor del anteproyecto».

3.2. LOS ARGUMENTOS ESGRIMIDOS EN LOS VOTOS PARTICULARES PARA JUSTIFICAR LA ADMISIÓN DE LA ABSTENCIÓN

Contra la decisión mayoritaria del Pleno formulan dos extensos Votos particulares los magistrados Ricardo Enríquez Sancho y Enrique Arnaldo Alcubilla, al que se adhiere César Tolosa Tribiño, cuyos argumentos comparto plenamente. Creo que la abstención presentada por la magistrada Espejel Jorquera debiera de haberse admitido por las condiciones y circunstancias alegadas y por la doctrina jurisprudencial fijada por el Tribunal (que no se aplica correctamente en el Auto comentado).

La abstención solicitada encaja lógica y formalmente en la causa del art. 219.16 LOPJ. Concurren dos de sus requisitos esenciales: 1.º) que la magistrada tuvo conocimiento previo del objeto del litigio, por haber ocupado antes un cargo público (vocal del CGPJ) y participado en la votación del Pleno en contra del proyecto del informe aprobado por la Comisión de

Estudios e Informes sobre el anteproyecto de ley del que trae causa la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, y haber suscrito un extenso dictamen alternativo como enmienda a la totalidad a dicho informe; 2.º) que formó un criterio jurídico, en detrimento de su debida imparcialidad, sobre la inconstitucionalidad de algunos de los preceptos contenidos en el anteproyecto de ley referido, objeto de impugnación en el recurso de inconstitucionalidad (algunos de los preceptos del anteproyecto se corresponden literalmente con los arts. 14 y 15 de la vigente Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo).

En relación con la doctrina jurisprudencial invocada por el Tribunal en el FJ 3 del ATC 28/2023, como justificación de la decisión adoptada, coincido con el Voto particular presentado por el magistrado Arnaldo Alcubilla cuando reconoce que se apoya, cuando menos, «en una discutible selección de doctrina constitucional» (Apartado 2.º).

Se han elegido como precedentes principales algunas resoluciones sobre recusaciones rechazadas (ATC 226/2002 y STC 5/2004) y no sobre abstenciones inadmitidas a magistrados constitucionales. Por el contrario, sí se invocan otras resoluciones en las que el Tribunal acepta la abstención en procesos constitucionales de los magistrados solicitantes, ambos expresidentes del CGPJ (AATC 280/2006 y 140/2012). Ahora bien, como indica el magistrado Arnaldo Alcubilla en su Voto particular, el Tribunal entiende la doctrina citada de modo incorrecto. En primer lugar, porque en el ATC 280/2006, la abstención aceptada no lo es en un recurso de inconstitucionalidad, sino en un conflicto positivo de competencias. En segundo lugar, porque en ambos asuntos la abstención se plantea y admite por el mismo motivo por el que la magistrada Espejel Jorquera ha formulado su abstención en el caso examinado. A pesar de ello, la mayoría del Tribunal niega a dichos autos valor de precedente, porque «se limitaron a afirmar, lacónicamente», que la «participación previa» de esos magistrados «puede integrarse en las causas decimotercera y decimosexta del art. 219 LOPJ», «sin añadir desarrollo argumental alguno que pueda ser tomado en consideración como precedente» (Apartado 2.º). Como afirma también de forma certera el magistrado Arnaldo Alcubilla, la mayoría del Pleno parece olvidar que la práctica seguida, hasta ahora, por el Tribunal es la de explicar, de forma más o menos detallada, las razones en las que fundamenta la decisión de inadmitir la abstención presentada por algunos de sus magistrados (pocos casos)[36]; mientras que en los supuestos (la mayoría) en los que acepta la abstención, el Tribunal se limita, de modo escueto, a verificar y constatar

36. Veintiún autos, tal y como se dice en el Voto particular formulado por el magistrado Ricardo Enríquez Sancho al ATC 28/2023, de 7 de febrero (Apartado 2.º), a los que hay que añadir este último objeto de comentario.

la concurrencia de la causa legal de abstención alegada, sin añadir mayor desarrollo argumental. Es lógico que el Tribunal realice un mayor esfuerzo argumental en los casos de inadmisión de las abstenciones para disipar cualquier sospecha de parcialidad del magistrado al que, en contra de su voluntad, se le obligará a participar en la deliberación y resolución del proceso constitucional.

1.º) En relación con el argumento esgrimido por la mayoría del Pleno para justificar la inadmisión de la abstención por haberse presentado en «un proceso objetivo y abstracto de control de constitucionalidad de una ley», y no en un proceso de partes en el que se «ventilan intereses particulares», comparto también el criterio adoptado por el magistrado Arnaldo Alcubilla en su Voto particular, cuando reconoce que de esa afirmación podría deducirse equivocadamente que no podrían plantearse abstenciones en los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, sino solamente en los procesos constitucionales en los que existen propiamente partes (recursos de amparo o conflictos de competencia). En la práctica, la jurisprudencia constitucional ha venido admitiendo la presentación de abstenciones y recusaciones en procesos de control de constitucionalidad de las leyes (recursos y cuestiones de inconstitucionalidad). Cuando el Tribunal inadmite una abstención no es porque no se pueda plantear en este tipo de procesos, sino porque, «en las circunstancias del caso concreto, la razón alegada por el magistrado para abstenerse no puede encontrar acomodo en ninguna de las causas previstas en el art. 219 LOPJ» (Apartado 3.1).

Es más, el Tribunal dicta en la misma fecha del ATC 28/2023, el 7 de febrero, otros autos, en los que estima justificadas las abstenciones presentadas por la magistrada Laura Díez Bueso en procesos de control de constitucionalidad de las leyes por hallarse incursa en la causa del art. 219.16 LOPJ, al haber participado en el ejercicio de la función consultiva del órgano autonómico del que la magistrada fue Vicepresidenta, emitiendo y firmando los dictámenes pertinentes sobre proyectos de normas que ahora son objeto de recursos de inconstitucionalidad, respecto de los cuales la magistrada tuvo conocimiento y formó criterio (AATC 33 y 34/2023, de 7 de febrero y ATC 5/2023, de 24 de enero, respecto de una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el mismo proyecto de norma).

2.º) Por lo que se refiere al argumento de no coincidencia del objeto del recurso de inconstitucionalidad (la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo) con el de la función consultiva (el anteproyecto de ley del que aquella trae causa), es cierto que al estar ante un anteproyecto de ley, su contenido puede sufrir modificaciones a lo largo de su tramitación parlamentaria y, por lo tanto, la norma impugnada no será totalmente idéntica al anteproyecto o

proyecto legislativo sobre el que se solicitó el informe consultivo. Sin embargo, ello no obsta, como se deduce de las circunstancias del caso examinado, que la magistrada, por su participación en las propuestas de enmienda alternativa y votación de los informes de la Comisión y Pleno del CGPJ, en su condición de vocal, tuvo un conocimiento profundo del objeto del litigio y se formó un criterio jurídico sobre él, comprometiendo su imparcialidad e incurriendo en la causa de abstención del art. 219.16 LOPJ[37].

Como acertadamente se dice en los Votos particulares de los magistrados Enríquez Sancho (Apartado 5.º) y Arnaldo Alcubilla (Apartado 3.3), es irrelevante que hayan transcurrido doce años o más desde que la magistrada Espejel Jorquera participó en el ejercicio de la función consultiva del CGPJ por su cargo de vocal y formó y exteriorizó su criterio jurídico sobre el asunto litigioso y las cuestiones controvertidas en el recurso de inconstitucionalidad. De igual modo no es relevante para el incidente de abstención y el cumplimiento de los requisitos del art. 219.16 LOPJ, el hecho de que «los trabajos preparatorios» del informe solicitado por el Gobierno al CGPJ sobre el anteproyecto de ley no dieran lugar «a la aprobación de dictamen alguno» al no obtenerse en el Pleno los votos suficientes para lograr la mayoría requerida (Votos particulares de los magistrados Arnaldo Alcubilla, Apartado 3.4 y Enríquez Sancho, Apartado 5.º).

En el recurso de inconstitucionalidad presentado contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, además de la abstención formulada por la magistrada Espejel Jorquera, cinco de los recurrentes (exdiputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso) promovieron, en enero de 2023, la recusación de cinco magistrados: Cándido Conde-Pumpido Tourón, Juan Carlos Campo Moreno, Inmaculada Montalbán Huertas y Concepción Espejel Jorquera. El Tribunal Constitucional, en el ATC 37/2023, de 8 de febrero, inadmitió a trámite la recusación por falta de legitimación de los recurrentes, al considerar que cada uno de ellos no está «individualmente legitimado para interponer de forma autónoma, en su propio nombre, pretensión alguna en el procedimiento [AATC 56/1999, de 9 de marzo, FJ 3, y 26/2007, de 5 de febrero, FJ 1, letra c)]»[38].

37. Un supuesto similar es el citado ATC 140/2012, de 4 de julio, que acepta la abstención del magistrado Hernando Santiago en un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, por concurrir las causas n.º 13 y 16 del art. 219 LOPJ, al haber intervenido antes el magistrado, como Presidente del CGPJ, en la elaboración del informe emitido por el Pleno de este órgano sobre con el proyecto de ley de aquella norma posteriormente impugnada en el recurso de inconstitucionalidad.

38. Contra el ATC 37/2023, de 8 de febrero, los recurrentes interpusieron recurso de súplica, que fue desestimado por el Tribunal, en el ATC 183/2023, de 18 de abril.

Frente a la decisión adoptada por la mayoría del Pleno en el ATC 37/2023, la magistrada Concepción Espejel Jorquera formula un extenso Voto particular. En él deja constancia de algunas de las razones por las que considera que el ATC 28/2023 comprometió su imparcialidad al inadmitir su abstención y obligarla a participar en la resolución del recurso de inconstitucionalidad. La magistrada discrepante reitera con más detalle algunos de los argumentos esgrimidos por los magistrados Enríquez Sancho y Arnaldo Alcubilla en los Votos particulares presentados al ATC 28/2023. Para Espejel Jorquera, el Tribunal, al no estimar justificada la causa de abstención alegada por ella, se ha apartado de decisiones adoptadas en asuntos anteriores, en los que las abstenciones planteadas por otros magistrados se consideraron justificadas, siendo la misma la causa invocada y similares las circunstancias concurrentes[39]. Menciona, además, algunos autos del Tribunal que admiten abstenciones de otra compañera magistrada, con fundamento en el cargo público que desempeñó anteriormente en el Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña, en cuya condición participó en el ejercicio de su función consultiva mediante la emisión de informes sobre anteproyectos de ley objeto de recursos de inconstitucionalidad Por todo ello, concluye la magistrada discrepante, la causa de abstención alegada «está objetivamente comprobada y no se refiere a simples manifestaciones u opiniones jurídicas vertidas en conferencias, coloquios o colaboraciones jurídicas», sino que fueron expresadas en el ejercicio de un cargo público, con ocasión del cual tuvo conocimiento y formó criterio de lo que posteriormente es objeto del recurso de inconstitucionalidad, afectando a su «apariencia de imparcialidad y a la del propio Tribunal» (Apartado 1.º).

Finalmente, trece años después, el Tribunal Constitucional, en la STC de 11 de mayo de 2023, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra determinadas disposiciones de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo, desestimando las pretensiones de la parte recurrente y declarando ajustados a la Constitución los preceptos impugnados. El texto de la sentencia recoge que la magistrada Espejel Jorquera no ha modificado el criterio jurídico que formó y expuso en su día (en el informe no aprobado y dictamen alternativo) en el ejercicio del cargo público que desempeñó como vocal del CGPJ, al menos, sobre las cuestiones esenciales objeto de controversia en el proceso constitucional. Así se deduce del Voto particular formulado por la magistrada Espejel Jorquera frente a dicha sentencia que,

39. Cita, entre otros, los AATC 85/2021, de 15 de septiembre y 116/2017, de 18 de julio, que estimaron las abstenciones de una magistrada que ejerció anteriormente el cargo de consejera en el Consejo Consultivo de Andalucía y emitió informes respecto de anteproyectos de ley contra los que, una vez aprobada la ley, se interpusieron los respectivos recursos de inconstitucionalidad.

además, en su Apartado 1.º, aprovecha de nuevo la oportunidad para introducir como uno de los motivos de discrepancia con la decisión mayoritaria, la composición del Tribunal por falta de la debida apariencia de imparcialidad de una parte de sus miembros (entre los que está ella), reiterando las consideraciones efectuadas en el Voto particular presentado al ATC 37/2023, de 8 de febrero de 2023.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

El Tribunal Constitucional ha elaborado una doctrina general sobre las abstenciones y recusaciones de sus magistrados constitucionales, como garantía de la imparcialidad, teniendo en cuenta, entre otros aspectos, la naturaleza de la institución, su composición y el objeto diferente de los procesos constitucionales sobre los que tiene competencia. De acuerdo con estas singularidades de la jurisdicción constitucional, algunos de los elementos que caracterizan la jurisprudencia constitucional sobre la materia son la interpretación restrictiva de las causas de abstención y recusación; el mayor rigor en la admisión de las causas de recusación frente a las de abstención y la exclusión de los magistrados recusados del colegio que decidirá la recusación planteada. Algunos de ellos han sido excepcionados por el Tribunal en algunas de sus últimas decisiones.

Así sucede, por ejemplo, en el ATC 177/2022, de 19 de diciembre, en el que el Tribunal Constitucional inadmite de forma liminar, por discutibles razones de forma y de fondo, la recusación presentada contra dos magistrados constitucionales en un proceso de amparo por la causa del art. 219.10 LOPJ (tener interés directo o indirecto en el pleito). Creo que la inadmisión de la recusación por el motivo formal de no estar todavía constituida la relación jurídico-procesal en el proceso de amparo está mínimamente fundamentada. Se trata de una decisión excesivamente «formalista», que interpreta de forma novedosa y rígida la doctrina de que los interesados en los procedimientos constitucionales en los que pueden comparecer terceros no pueden personarse hasta que el proceso se admita a trámite. Debiera aceptarse, como excepción al art. 217 LOPJ, que los terceros que con interés legítimo se personen en el proceso puedan solicitar, al igual que el demandante, la recusación de los magistrados que hayan de decidir sobre la admisibilidad del procedimiento constitucional. Por motivos de fondo, considero que las recusaciones planteadas no son abusivas ni selectivas. Coincido con la posición mantenida en uno de los Votos particulares cuando afirma que puede existir una relación indirecta de la situación personal de los magistrados recusados con el objeto de las enmiendas cuestionadas, ya que su suspensión les permite continuar en sus cargos un tiempo más con el mandato caducado. Sin embargo, creo que ese interés indirecto de los magis-

trados recusados en la causa no tiene la entidad suficiente para que concurra la causa del art. 219.10 LOPJ, ya que el mandato de nueve años de los magistrados (que ha concluido) y el sistema de renovación no deriva directamente de la reforma legal introducida en las enmiendas, sino del art. 159.3 CE.

Discrepo también de la tesis seguida por el Tribunal Constitucional en el ATC 28/2023, el 7 de febrero, cuando estima no justificada la abstención planteada por una magistrada en un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo. La magistrada alegó que se hallaba incursa en la causa del art. 219.16 LOPJ, al haber ocupado antes el cargo de vocal del CGPJ y haber participado activamente en la elaboración de un dictamen contrario al anteproyecto de ley del que traía causa la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo. Creo que el Tribunal desestima la pretensión de la magistrada apartándose de la práctica general de admitir las abstenciones presentadas por sus magistrados, salvo en contadas excepciones, incluso en supuestos similares al examinado. Tiene en cuenta las circunstancias del caso y se apoya en argumentos como el tipo de proceso, un control abstracto de la constitucionalidad de una ley y en que la función consultiva se ejerció sobre un anteproyecto de ley. El Tribunal se basa también en una discutible selección de precedentes, ya que algunos de ellos versan sobre recusaciones (no abstenciones) y sobre otro tipo de procesos constitucionales. Considero, coincidiendo con lo expresado en los Votos particulares, que la abstención debiera de haberse admitido atendiendo precisamente a las condiciones del caso y a la doctrina jurisprudencial aplicable. La magistrada tuvo conocimiento del asunto y fijó un criterio sobre la inconstitucionalidad de la norma impugnada, en detrimento de su debida imparcialidad, siendo irrelevantes el hecho de que hayan pasado trece años desde que participó en la función consultiva ejercida por el CGPJ, o de que no se aprobara el anteproyecto de ley por no haberse obtenido la mayoría requerida en la votación correspondiente.

Capítulo 6

Una propuesta de reforma para fortalecer la independencia del Tribunal Constitucional español

María José Majano Caño
Profesora Asociada de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: 1. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO CLAVE DE BÓVEDA DEL SISTEMA DEMOCRÁTICO. 2. LAS NUEVAS AMENAZAS DEL SISTEMA Y LA NECESIDAD IMPERIOSA DE GARANTIZAR LA NEUTRALIDAD Y OBJETIVIDAD DEL MÁXIMO INTÉRPRETE DE LA CONSTITUCIÓN. 3. LOS PROBLEMAS GENERADOS EN ESPAÑA POR LA DEFICIENTE REGULACIÓN EN LA ELECCIÓN DE LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LAS CONSECUENCIAS PARA NUESTRO SISTEMA. 4. INSUFICIENCIA DE UNA REFORMA LEGAL Y NECESIDAD DE REFORMA DEL ART. 159 CE. 5. JUSTIFICACIÓN DE LA PROPUESTA. 6. CONCLUSIONES.

1. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO CLAVE DE BÓVEDA DEL SISTEMA DEMOCRÁTICO

Ciertamente, supone una obviedad afirmar la importancia que tiene un Tribunal Constitucional en el sostenimiento y preservación del sistema democrático a través de la garantía de la Constitución. En este artículo hemos decidido comparar a esta institución con la clave de una bóveda porque nos parece que el símil arquitectónico aporta la perspectiva que buscamos para apreciar la necesidad de la máxima cautela en la regulación

de una institución tan esencial. Desde el punto de vista arquitectónico, la «clave de bóveda» es la piedra que cierra un arco y hace que éste se sostenga. La clave suele ser de mayores dimensiones que las demás dovelas o piedras y se sustenta debido a su forma, «ya que sus caras laterales están cortadas en ángulo, lo que permite transmitir las presiones y evitar que la construcción se desplome al soportar una carga vertical. Por eso, la última pieza que se coloca en una bóveda es la clave, hasta que no está bien posicionada, la estructura es inestable»[1].

Es un hecho que, desde su creación, los tribunales constitucionales han supuesto un hito, un antes y un después en la garantía y consideración de la democracia constitucional. También es un hecho que hoy en día no puede sostenerse la existencia de una democracia que no sea constitucional, por mucho que algunos movimientos doctrinales minoritarios se empeñen en considerar la Constitución como una limitación anómala y perjudicial para la democracia. Atrás quedó el concepto de democracia como simple sistema de toma de decisiones a través de la mayoría y hoy en día se encuentra plenamente asumido que ese sistema resulta inviable si no existen mecanismos de control que garanticen ese proceso de elección o toma de decisión y el respeto a los derechos de las minorías. En definitiva, regular esos procesos y esos derechos es la función esencial de un texto constitucional y garantizar el cumplimiento de lo regulado en dicho texto es la función esencial de un Tribunal Constitucional allá donde existe, lo que le convierte, como decíamos, nada más y nada menos que en la clave de la bóveda del sistema democrático. Si el Tribunal Constitucional no está bien diseñado, si su regulación resulta imperfecta, volviendo al símil arquitectónico, la estructura democrática se tornará inestable, no aguantará la presión y la estructura entera se acabará desplomando antes o después como si de una bóveda mal construida se tratara. Por ello un Tribunal Constitucional no es una institución más dentro del sistema democrático sino «la institución más débil y compleja del sistema democrático» (dado que es la que más presión del poder político va a aguantar) y, por lo tanto, también, la más necesitada de protección. «El Tribunal Constitucional se convierte en un objetivo obvio del poder autoritario. Como obstáculo potencial, es mejor neutralizarlo de antemano, y mucho mejor subordinarlo y convertirlo en una institución de conflagración»[2].

1. https://diccionario.raing.es/es/lema/clave-de-b%C3%B3veda Real Academia de Ingeniería Diccionario español de ingeniería. Fecha consulta 9 de junio de 2024.
2. KLOPOCKA-JASINSKA, Marta, «La debilidad institucional del Tribunal Constitucional como amenaza para el Estado de derecho: el caso de Polonia» en *El Estado de Derecho en el siglo XXI. XX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024. p. 71.

Llegados a este punto, consideramos necesario realizar una precisión a este respecto, pues es cierto que, así como la existencia de un Tribunal Constitucional es contingente, la de la justicia constitucional, sin embargo, resulta necesaria en los modernos sistemas constitucionales[3]. Podríamos plantearnos si la función de garantía de la Constitución que realizan los tribunales constitucionales en aquellos sistemas en los que se ha instaurado un control concentrado podría ser realizada con mejor o peor resultado por parte de otros órganos del poder judicial. Para llegar a una conclusión mínimamente razonada sobre esta cuestión habría mucho que analizar y, desde luego, no es este el momento oportuno para extenderse en tan complejo y espinoso asunto. Así pues, y dando por hecho que, en España, la Constitución de 1978 instaura un Tribunal Constitucional dentro de un sistema de control básicamente concentrado siguiendo la estela de los sistemas constitucionales europeos, tan sólo dedicaremos estas breves líneas a examinar si la regulación constitucional de esta institución clave y esencial para nuestro sistema, ha sido las más conveniente para que el Tribunal Constitucional haya quedado suficientemente «protegido» de injerencias externas. Después de tantos años de funcionamiento, creemos estar en condiciones de analizar esta cuestión con suficiente perspectiva como para determinar si ello ha sido así o si es preciso modificar alguna de ellas por el bien del propio órgano y, por lo tanto, del propio sistema.

Y es aquí donde debemos detenernos para evidenciar que la doctrina constitucional lleva décadas afirmando que la regulación constitucional a que nos referimos es, como poco, «deficiente». A pesar de ello, pocos de esos autores han conseguido ver la gravedad del problema que esas «deficiencias» podrían generar en el funcionamiento del Tribunal. Corresponde realizar un repaso de las razones esgrimidas por quienes se han ocupado de estudiar esta cuestión y han llegado a la conclusión de que esta institución esencial para el sistema constitucional y democrático no está debidamente preservada de injerencias externas, y de que es preciso protegerla del peligro de «la inevitable tendencia a la instrumentalización por parte de los actores políticos y partidistas» como afirma LÓPEZ GUERRA[4]. Sin

3. No podemos confundir la existencia de una jurisdicción constitucional, que existe en aquellos sistemas de control concentrado o mixto en los que se prevé un órgano específico de garantía constitucional con la existencia de mecanismos de Justicia Constitucional, concepto más amplio, que engloba el conjunto de mecanismos jurisdiccionales para la garantía de la Constitución y que puede materializarse a través de una jurisdicción constitucional o bien a través de mecanismos de control difuso o revisión judicial.

4. LÓPEZ GUERRA, Luis, Los retos al Tribunal Constitucional español desde una perspectiva del constitucionalismo político, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 25, p. 11-34 2021 https//doi.org/10.18042/cepc/aijc.25.01.

embargo, no podemos compartir el optimismo de este autor a la hora de concluir sobre la escasa posibilidad de que ello suceda en la práctica pues, como veremos después, ese peligro se ha materializado *de facto* hoy en día y de ser un hecho futuro e incierto se ha convertido en un hecho cierto que nuestro Tribunal Constitucional ha pasado de ser «objeto de deseo» a ser de un modo u otro «objeto de manipulación» por parte de ese poder político y partidista. Ello no significa necesariamente que cuestionemos la profesionalidad de los miembros que integran la institución, pero existen circunstancias derivadas de la regulación del Tribunal que, como poco, afectan a la percepción que la opinión pública y la ciudadanía tienen de su actuación como poco objetiva y partidista (por diversos motivos que analizaremos a continuación), y ello redunda en un absoluto descrédito de la institución. Ese descrédito, en nuestra opinión, supone la muerte del Tribunal Constitucional, pues solo «la apariencia de imparcialidad ante la opinión pública es tan importante como la misma imparcialidad»[5].

Y es que, en definitiva, «la pura previsión del control de constitucionalidad no asegura que el control vaya a funcionar, de esto hay pruebas sobradas, y parece que una condición para que funcione es la previa afirmación de la normalidad constitucional»[6]. Parece claro que cuando surgen este tipo de tribunales en Europa, su función es la de afianzar principios y reglas democráticas que no están asentadas. La misión principal es la de instaurar los principios constitucionales en democracias constitucionales nuevas o poco consolidadas[7] y por eso, en aquellas democracias con sistemas constitucionales estables como la británica, no han sido necesarios[8]. Pero resulta fundamental para que este órgano funcione que tenga prestigio y una legitimidad debidamente justificada porque, «al contrario de lo que sucede en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, la función de estos tribunales especiales, en realidad, no es la de resolver casos, sino la de fijar las reglas claras para evitar que se planteen conflictos sobre determinados temas en el futuro»[9]. Y por ello mismo, incluso hay autores que afirman que la función que se encomienda a estos tribunales no podrían cumplirla de igual modo los jueces ordinarios y no sólo por el tipo de resolución de conflictos que de ellos se espera, sino también «porque el modo peculiar de

5. LÓPEZ GUERRA, Luis, *op. cit*. p. 15.
6. AHUMADA, Marian. *La Jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*, Ed. Aranzadi S.A., 2005, p. 45.
7. Así se instauran, por ejemplo, en Austria, Alemania, Italia o España tras años de regímenes totalitarios.
8. PIZZORUSSO, Alessandro, «Comentario al art. 134 de la Constitución italiana», en Branca, G. (ed.) *Commentario della Costituzione: Garanzie Costituzionali*, Bolonia-Roma, 1981, p. 17.
9. AHUMADA, Marian, *op. cit*. p. 45.

reclutamiento de los jueces constitucionales les confiere un plus de legitimidad frente a los ordinarios»[10]. Quizás en este punto no podemos estar completamente de acuerdo con esa afirmación, pero lo que no podemos cuestionar es que la función esencial que cumple este órgano, allá donde existe, requiere siempre de una percepción de legitimidad para su correcto funcionamiento y que, perdida aquella, el órgano simplemente deja de cumplir su función esencial de protección del sistema constitucional con las consecuencias que ello conlleva.

2. LAS NUEVAS AMENAZAS DEL SISTEMA Y LA NECESIDAD IMPERIOSA DE GARANTIZAR LA NEUTRALIDAD Y OBJETIVIDAD DEL MÁXIMO INTÉRPRETE DE LA CONSTITUCIÓN

A pesar de la función esencial para la que fueron creados, lo cierto es que la actuación de los tribunales constitucionales actuales no responde exactamente a la que en su día planificó Kelsen. Teniendo en cuenta que estos órganos nacieron en Europa dentro de sistemas parlamentarios, es preciso constatar la transformación que estos sistemas han sufrido desde entonces y la afección que ello ha generado en la actuación de los tribunales constitucionales. Para empezar, los parlamentos han sufrido una fragmentación que sitúa a los gobiernos al frente de la interlocución con el Tribunal Constitucional. El sistema de partidos ha contribuido a difuminar la tradicional separación de poderes entre legislativo y ejecutivo, situando a los jueces como verdadero contrapeso del poder. Aunque según Kelsen, un Tribunal Constitucional no es poder judicial, su función se ha convertido igualmente en parámetro de control esencial de la actividad del sistema democrático. La politización de este órgano resulta, por tanto, letal para el sistema.

Podría pensarse que nada de lo dicho afecta a la función encomendada al Tribunal Constitucional, dado que hoy día los sistemas constitucionales en los que surgieron los tribunales constitucionales son ya democracias consolidadas y por lo tanto, la función que cumple el órgano que examinamos no es tan importante ni tan necesaria. Nada más lejos de la realidad. En aquellos sistemas en los que existe un Tribunal Constitucional al frente del control y garantía de cumplimiento del texto constitucional, su correcto funcionamiento resulta esencial para hacer frente a las nuevas amenazas que se ciernen sobre los sistemas democráticos y que no provienen del exterior, como pudiera suceder en otros tiempos, sino que surgen de dentro: los populismos. La anomalía introducida por un Gobierno bajo el control

10. AHUMADA, Marian, p. 45, citando a Rubio Llorente.

de movimientos populistas podría impedir el correcto funcionamiento de las instituciones básicas del Estado, y, por ende, el funcionamiento adecuado del propio Tribunal Constitucional, convirtiéndolo en una institución irrelevante para el control del poder en el mejor de los casos, y perniciosa en el peor de ellos, al actuar como agente legitimador de sus decisiones. Si esto fuera así, el papel de garante de la Constitución encomendado a este órgano se tornaría en más que cuestionable, teniendo en cuenta que no podría constituir un freno efectivo para el poder cuando más se necesita, esto es, cuando existe un peligro grave y real para la Constitución y para el propio sistema. Por lo tanto, y si esto fuera así, llegaríamos a la conclusión de que el Tribunal Constitucional solo funcionaría de modo correcto y podría cumplir su función de garante en situaciones favorables de estabilidad y que no presentasen un peligro real de involución democrática, lo cual, además de paradójico, podría convertir a este órgano en una institución inútil[11].

Es conveniente recordar que, así como en los sistemas de control difuso, el mayor inconveniente es el de la inseguridad jurídica generada por la posible disparidad de decisiones[12], debido a su diseño constitucional, el mayor riesgo de los órganos encargados de la justicia constitucional en un sistema concentrado, los tribunales constitucionales, es el de su politización. Ciertamente, este riesgo de politización se ha venido considerando un «mal

11. MAJANO CAÑO, María José, «El papel de los tribunales constitucionales ante el avance de los populismos y el peligro de involución democrática» (pp. 773 a 853) en Díaz Revorio, F. J. y otros, *Constitución y control jurisdiccional del poder. Estudios en homenaje a Eduardo Espín*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024, p. 806 y ss. En dicho estudio intento profundizar en el concepto de populismo y sobre si pudiera y cómo, en su caso, reaccionar un Tribunal Constitucional a las estrategias populistas. Asimismo, es preciso tener en cuenta que la estrategia de los populismos también ha variado desde su origen y que, en la actualidad, el mayor peligro se encuentra en la asunción de estrategias populistas por los partidos tradicionalmente democráticos y no sospechosos de tendencias autocráticas, cuya deriva populista, puesta en práctica de modo más o menos sutil a través de un líder carismático, resulta más difícil de detectar para el pueblo. Finalmente, la estrategia populista que se materializa de este modo puede colonizar las instituciones sin que apenas nos demos cuenta y ahí es donde la capacidad de reacción del máximo órgano garante de la Constitución resulta esencial para frenarla. Si dicho órgano no se encuentra bien configurado y a través de su composición partidista y politizada acaba asumiendo los postulados del poder, resultaría muy complicado poner freno a la involución democrática.

12. Bien es verdad que este inconveniente se mitiga, sobre todo en los países de tradición anglosajona y que funcionan a través del mecanismo de *stare decisis*, mediante la centralización de la decisión última en una Corte Suprema que, de pronunciarse sobre el asunto, tendrá efectos prácticos que resultan muy similares a los efectos *erga omnes* o de expulsión de la norma que se produce en los sistemas de control concentrado.

menor» y, en todo caso, evitable o minimizable a través de la regulación constitucional y legal de los parámetros de configuración y funcionamiento del propio órgano. Ello ha hecho que los tribunales constitucionales hayan proliferado en la mayoría de los sistemas, sobre todo en aquéllos con escasa tradición democrática que se han incorporado a ella tras la Segunda Guerra Mundial, como ya hemos indicado, o en aquellos que se democratizaron tras la desaparición de la antigua Unión Soviética. Pero precisamente la posibilidad de control de este órgano a través de la modulación de su configuración y funcionamiento ha sido vista con buenos ojos desde los regímenes autocráticos de apariencia democrática, que han llegado a la conclusión de que un Tribunal Constitucional debidamente controlado desde el poder resultaba mucho más efectivo y conveniente para ofrecer una legitimación adicional a sus decisiones.

Debemos tener en cuenta que la mayoría de los regímenes populistas existentes hoy en día en algunos de los países de nuestro entorno, en apariencia funcionan como un sistema democrático moderno más[13]. A modo de ejemplo, baste indicar alguno de los existentes en distintos continentes como pueden ser Venezuela o Rusia. Los dos tienen una Constitución en la que aparentemente se «garantiza» la separación de los poderes del Estado a través de la regulación de diversas instituciones y que supuestamente garantiza también los derechos de los ciudadanos. Asimismo, en dicho texto constitucional se incluye además la creación de un órgano específico de jurisdicción constitucional de modo similar a como lo hacen los sistemas realmente democráticos. El problema reside en que toda esta estructura constitucional, normativa e institucional es tan solo pura apariencia. En la práctica, no existe tal garantía de los derechos, se produce una perversión en el funcionamiento de las instituciones y, en definitiva, todo está bajo el control del ejecutivo, a cuyo frente se suele situar un líder carismático. En estos sistemas, las instituciones de control del poder, bien a través de los jueces o bien de un Tribunal Constitucional u órgano similar, se hallan en realidad mediatizadas por el propio poder al que deberían controlar. En resumen, lo que queremos poner de manifiesto es el hecho constatado pero que a veces se nos olvida, de que la mera existencia de una Constitución que reconoce unos derechos y regula unas instituciones para su cumpli-

13. Me estoy refiriendo a las democracias constitucionales en las que existe solo en apariencia separación de poderes, garantía de los derechos y libertades y un funcionamiento adecuado de las instituciones, incluyendo las de control del poder. En esta consideración no tenemos en cuenta aquellos países que disponen de una construcción claramente distinta como pueden ser China, Corea del Norte o países de clara influencia en el gobierno de la religión musulmana.

miento y protección no es suficiente garantía de que exista un verdadero Estado de Derecho democrático[14].

Esta situación que describimos, de polarización política extrema y perniciosa del órgano garante de la Constitución que va en aumento por el auge del populismo, y que podría parecer exclusiva de determinados Estados sin tradición democrática, en realidad, comienza a afectar de modo creciente y significativo a las democracias más consolidadas del mundo. En la actualidad, esos populismos se extienden sin control incluso en las estrategias de partidos tradicionales que fueron siempre respetuosos con las reglas democráticas y que han llegado al poder o están en riesgo de hacerlo en numerosos sistemas de los distintos continentes poniendo en práctica estrategias populistas. La polarización de la sociedad en los sistemas democráticos actuales es patente[15]. Pero, además, los movimientos populistas ya no tienen por qué presentarse bajo las siglas de un nuevo partido político, pues se está produciendo un curioso fenómeno de asunción de estrategias populistas por parte de partidos tradicionalmente democráticos (con independencia de la tendencia ideológica) que, una vez llegados al poder, acaban haciendo suyas y aplicando recetas populistas para mantenerse[16]. Y cuando hablo de estrategias populistas me estoy refiriendo no a estrategias más o menos

14. LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución,* traducción del original de la obra *Political Power and the gobernmental Process (1957),* por Alfredo Gallego Anabitarte, Editorial Ariel, Barcelona, primera edición 1965, reimpresión de 1982, pp. 216 y ss. En la misma línea y más recientemente, LEVINSKY, S., y ZIBLATT, D., *Cómo mueren las democracias*, Ariel 2018, p. 122, consideran que no basta con la existencia de una Constitución y unas las reglas escritas y que el cumplimiento de las reglas no escritas del sistema de democracia constitucional resulta esencial para poder determinar la existencia real o el cumplimiento de dicho sistema.

15. Recientemente se han celebrado elecciones a la Asamblea en Francia y los resultados de la primera vuelta pusieron de manifiesto la polarización existente en la sociedad francesa, pues los votos se han repartido en las opciones de extrema izquierda y extrema derecha. La Agrupación Nacional (RN por sus siglas en francés) obtuvo el 33,1% de los votos, el Nuevo Frente Popular el 27,99% y Juntos, la coalición presidencial, el 20,04% https://www.france24.com/es/francia/20240630-elecciones-legislativas-de-2024-siga-los-resultados-de-la-primera-vuelta (fecha de consulta, 3 de agosto de 2024). Situaciones parecidas se han vivido anteriormente en otros comicios en Colombia, Perú, Chile...

16. Esta tendencia a la asunción de estrategias populistas por parte de partidos tradicionalmente democráticos, en mi opinión, ha podido observarse estos últimos años en el Partido Conservador Británico, sobre todo bajo el liderazgo de Boris Johnson, aunque ya antes, en la era Cameron, comenzó a observarse esa deriva, llegando incluso a celebrar el referéndum sobre el Brexit, y que condujo a la salida de la Unión Europea, o en EEUU en el Partido Republicano bajo el Gobierno del Presidente Trump que aglutinó el *voto protesta o visceral* ante el descontento popular. También observamos esta misma tendencia en España en el Partido Socialista que ha gobernado en los últimos años bajo el liderazgo de Pedro Sánchez.

cuestionables encaminadas a la captación del voto popular, sino a las estrategias que definen lo que se ha dado en llamar «populismo» y que se sitúan fuera del sistema democrático constitucional con tácticas para la exclusión moral del adversario político y tendencias autocráticas de colonización de las instituciones para perpetuarse en el poder[17].

Esta situación seguramente sea la más peligrosa para la supervivencia de un verdadero sistema democrático, pues resulta más difícil prever el peligro proveniente de un partido que tradicionalmente ha venido defendiendo valores democráticos y ahora renuncia a ello (por supuesto de modo implícito) ante la rentabilidad ofrecida por la estrategia populista. Sin duda esta estrategia le ofrece a cualquier partido una forma más fácil de perpetuarse en el poder que la que consiste en convencer a la opinión pública sobre determinadas cuestiones que no resultan de su agrado a fin de poder ganar las elecciones. La estrategia populista, como decimos, puede detectarse cuando el partido en cuestión comienza a colonizar las instituciones democráticas de control y de este modo, sin que la opinión pública pueda percibir cambios evidentes «en la superficie», se está dinamitando la base del sistema democrático. Es así de simple y así de sencillo.

Así pues, la importancia de dotar al Tribunal Constitucional de una regulación precisa y que garantice su independencia, no sólo en la normativa que prevé sus competencias y funcionamiento, sino también y sobre todo en el modo de elección y renovación de sus miembros, resulta por ello esencial. Somos conscientes de que gran parte de la doctrina constitucional opinará que resulta inútil luchar contra el control de las instituciones por parte del poder cuando es tan grande que resulta capaz de pervertirlas de modo imperceptible y silencioso. Sin embargo, no queremos renunciar a ese intento aparentemente inútil pues en nuestra opinión, si la normativa que regula una de las instituciones más importantes, como es el Tribunal Constitucional, es sólida y establece suficientes garantías frente al poder, la perversión del sistema resultará, al menos, más complicada. Parece obvio que resulta imposible blindar una vivienda para impedir que entren ladrones y somos conscientes de que si se empeñan en entrar encontrarán cómo y por dónde hacerlo. Sin embargo, ello no es justificación para dejar la puerta de la casa abierta o para no intentar dificultar su entrada.

17. Para la mejor comprensión de cómo actúan y de los efectos que causan las estrategias populistas, debemos recomendar la lectura de MÜLLER, Jan-Werner, *¿Qué es el populismo?*, traducción del original *What is Populism?* (2016) por Clara Stern Rodríguez, Editorial Grano de Sal, CDMX, 2017. Asimismo, la obra ya citada de MAJANO CAÑO, María José, «El papel de los tribunales constitucionales ante el avance de los populismos y el peligro de involución democrática» que incide precisamente en esta cuestión.

Por ello, no podemos compartir las posiciones doctrinales que, tras evidenciar tempranamente y de modo atinado el peligro de politización en la que se encuentra ya inmerso nuestro Tribunal Constitucional, acaba concluyendo que solo es posible aplicar soluciones de carácter extrajurídico: confiar en el autocontrol de quienes ejercen como magistrados[18] o en el cumplimiento de unas reglas morales por parte de los políticos y los ciudadanos[19]. Tampoco podemos compartir la posición de quienes, evidenciando el peligro de politización en este órgano fundamental, consideran que a pesar de ello, el mayor peligro no reside tanto en el sistema de nombramiento por cuotas como en el retraso en los nombramientos generada por la actitud de bloqueo de los partidos cuando entienden que la relación de fuerzas les será desfavorable[20] y aun así, tampoco proponen una posible solución para atajar esta actitud.

Es preciso buscar soluciones de carácter jurídico que, a pesar de sus limitaciones ante la grave amenaza que acecha al sistema, consigan, al menos, dificultar de un modo u otro la politización y control del Tribunal Constitucional. Para ello, ya anticipamos que consideramos esencial modificar el sistema para la elección de los magistrados, proponiendo que la elección colectiva pase a ser individual por parte de las Cortes Generales, sin intervención del Gobierno ni el CGPJ, con una mayoría más cualificada, debiendo alargar la duración del mandato y establecer sanciones para caso de bloqueo de los acuerdos para la designación de magistrados. Asimismo, resultaría muy conveniente establecer requisitos mínimos para el acceso al órgano constitucional, así como un sistema de incompatibilidades que resulte eficaz para evitar la politización. Desarrollaremos mínimamente, dada la limitada extensión de este estudio, los argumentos que nos llevan a realizar estas propuestas y no otras en los siguientes puntos.

18. Así, por ejemplo, RUBIO LLORENTE, Francisco, en «Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional». *Revista de Derecho Político*, n.º 16, 1983, p. 30, ZAGRABLESKY, G., *La giustizia Constituzionale* Il Mulino, Bolonia, 1977, p. 363, o GARCÍA MARTÍNEZ, María Asunción, «El Tribunal Constitucional. De la legitimidad de origen a la de ejercicio», en *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 21, 2009 (pp. 107 a 144), p. 141.
19. LEVITSKY, S. Y ZIBLATT, D. *op. cit.*
20. LÓPEZ GUERRA, Luis, *op. cit*. p. 33.

3. LOS PROBLEMAS GENERADOS EN ESPAÑA POR LA DEFICIENTE REGULACIÓN EN LA ELECCIÓN DE LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LAS CONSECUENCIAS PARA NUESTRO SISTEMA

El art. 159.1 de la Constitución española de 1978 prevé que los 12 miembros que componen el alto Tribunal se elijan cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. Por lo tanto, los miembros nombrados por el CGPJ y los nombrados por el Gobierno se designan de modo independiente y directo y sin necesidad de validación por parte del Congreso ni del Senado por lo que, en realidad, y como indicaremos después, se deja en manos del Gobierno la posibilidad de romper el equilibrio logrado a través de la exigencia de mayorías cualificadas en los nombramientos de magistrados de origen parlamentario.

El punto segundo del art. 159 establece que los miembros del Tribunal Constitucional deberán ser nombrados entre magistrados y fiscales, profesores de Universidad, funcionarios públicos y abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional. Ciertamente, este punto no resulta muy clarificador a la hora de valorar la capacidad de los candidatos, teniendo en cuenta que, del tenor literal del precepto, parece realizarse una identificación entre los quince años de ejercicio de la profesión y la reconocida competencia, o al menos así parece haberse interpretado por parte del Tribunal[21].

En efecto, hoy, y aunque corresponde al pleno del Tribunal la verificación de cumplimiento de que los candidatos propuestos por los distintos órganos cumplen este requisito, no parece que se haya planteado ninguna negativa como consecuencia de la insuficiencia de capacidad para ser nombrado magistrado en ninguno de los candidatos presentados, dado que los requisitos previstos en la Constitución son excesivamente genéricos. Se trata de una cuestión que entendemos que podría tener una cierta regulación legal, concretando los requisitos de los perfiles que deberían tener los magistrados[22]. Sin embargo, y siendo esta cuestión importante para deter-

21. OLLERO TASSARA, Andrés, «El condicionamiento institucional de la independencia del Juez», en *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, n. 108-109, diciembre 2023-enero 2024 (pp. 126 a 130), p. 127.

22. En Alemania, por ejemplo, al menos tres de los ocho magistrados de cada Cámara deben ser nombrados desde alguna de las magistraturas de los tribunales federales supremos (Corte Judicial Federal, Corte Federal de lo Administrativo, Corte Federal de lo Civil, Corte Federal de lo Laboral y Corte Federal de lo Social), en las que tienen que haber servido un mínimo de tres años.

minar que los magistrados que accedan al cargo tengan capacidad suficiente y no sean nombrados por mera conveniencia partidista, no parece que sea esencial para garantizar la independencia del órgano.

Por su parte, el punto 4 del referido artículo prevé que los miembros del Tribunal Constitucional tendrán las incompatibilidades propias de los miembros del poder judicial. Quizás el estatuto que se prevé para los jueces ordinarios no resulte suficiente para el juez constitucional, pero se trata de una cuestión que quizás también podría ser concretada, quizás mínimamente, por vía legal, aun teniendo en cuenta los límites de la previsión constitucional a este respecto. No obstante, no vamos a detenernos en desarrollar este aspecto en el presente estudio, que centraremos únicamente en la reforma constitucional, por resultar la esencial y más importante, a fin de respetar la limitada extensión de que disponemos. Simplemente diremos a este respecto que, en la regulación de estos puntos, segundo y cuarto, del art. 159, parece echarse de menos la exigencia de requisitos más precisos en función de la importancia del órgano y la necesidad de neutralidad ideológica de sus miembros. Por ejemplo, no encontramos ninguna previsión de incompatibilidad con la afiliación del candidato a un partido político o la exigencia de que los candidatos no hayan ostentado ningún cargo político o representativo, cuestión ésta que ya ha sido apuntada por algunos medios y constitucionalistas como un requisito que podría ser exigible para poder ser miembro del Tribunal Constitucional, habida cuenta de que precisamente eta circunstancia ha concurrido en los últimos candidatos designados[23]. En este sentido es preciso indicar que, por ejemplo, en tribunales como el alemán, el artículo 94, apartado 1, de la Ley Fundamental y los artículos 3 y siguientes de la *BVerfGG* no excluyen la elección para el Tribunal de personas que, en calidad de representantes de partidos políticos, han cumplido funciones políticas en los parlamentos o han ocupado cargos políticos en el Gobierno, sino que incluso se considera, en principio, deseable para permitir que la jurisprudencia constitucional se beneficie de esa experiencia política de tales

23. La dificultad reside en determinar cuándo podemos considerar que el candidato cumple o no esa exigencia. Existen situaciones que no resultan claras. Por ejemplo, es dudoso en el caso del actual Presidente, Cándido Conde-Pumpido, que fue Fiscal General del Estado durante las dos legislaturas del Presidente Zapatero. Resulta más claro en el caso de Juan Carlos Campo había sido ministro de Justicia, exdiputado del PSOE por Cádiz y ex alto cargo en el gobierno de Manuel Chaves. También parece que podría concurrir en el caso de Laura Díez Bueso, fue directora general de Asuntos Constitucionales y Coordinación Jurídica, en el Ministerio de la Presidencia entre febrero y 2020 y abril de 2022. En definitiva, la cuestión no deja de presentar muchas dificultades a la hora de precisar un requisito de estas características.

magistrados[24]. En España esta cuestión, sin embargo, no puede ser vista de un modo tan benévolo a la vista de lo que ha sucedido en la práctica en estos casos.

Asimismo, se ha apuntado también en algún foro especializado que podría preverse otro tipo de limitaciones como, por ejemplo, que quienes han ocupado el cargo de magistrados del Tribunal Constitucional no pudieran ser nombrados después miembros de ningún otro Tribunal nacional o internacional, o incluso de ningún otro órgano de la Administración del Estado, a fin de evitar la tentación de favoritismo hacia el poder político. No obstante, debemos indicar que esta cuestión se solventa fácilmente en la propuesta que realizaremos teniendo en cuenta que el magistrado del Tribunal Constitucional ocuparía el cargo hasta su jubilación por lo que no cabría tal situación.

Pero sin duda el punto más problemático de los que regulan la elección de los miembros del Tribunal Constitucional es el tercero, y no solo por lo que dice sino también por lo que no dice, esto es, porque no prevé un sistema para cubrir vacantes anticipadas o nombramientos en caso de bloqueo de los órganos legitimados para la designación de los candidatos. La Constitución en este punto tan solo establece que los miembros del Tribunal Constitucional serán designados por un período de nueve años y se renovarán por terceras partes cada tres.

El tenor literal del art. 159.3 CE, es claro y no prevé excepciones o interpretaciones, al establecer que TC debe renovarse por terceras partes, o sea, de cuatro en cuatro cada tres años. Sin embargo, y a pesar de su claridad, es preciso interpretar la Constitución, en primer lugar, determinando que, a efectos de dicha renovación, los cuatro magistrados propuestos a partes iguales por el Gobierno y el CGPJ integran un único «bloque» (son cuatro magistrados en total), al igual que sucede con los magistrados propuestos por el Congreso de los Diputados y por el Senado (son cuatro cada uno respectivamente). Ello ha sido considerado así para que se cumpla la regla de los tercios cada tres años, de modo que los magistrados de cada uno de esos tres bloques (los cuatro de Gobierno y CGPJ, los cuatro nombrados por

24. SCHÖNDORF-HAUBOLD, B, «Alemania: el Tribunal Constitucional Federal». En *El papel de los tribunales constitucionales en la gobernanza multinivel, una perspectiva del derecho comparado*. Estudio noviembre de 2016, EPRS, Servicio de Estudios del Parlamento Europeo, Biblioteca de Derecho comparado PE 593.504 — noviembre 2016, p. VII. traducción al español del Prof. Dr. Ricardo García Macho, accesible en https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/593504/EPRS_STU(2016)593504_ES.pdf (fecha de consulta 4 de septiembre de 2024), p. 11.

el Congreso y los cuatro del Senado) deben renovarse a la vez para que se cumpla la regla de la tercera parte cada tres años[25].

Además, y como consecuencia de que la Constitución no prevé qué sucede si no se cumplen los plazos de nombramiento, y no existe tampoco sanción alguna, los órganos encargados de nombrar a los candidatos se han venido retrasando (alegando la dificultad de los consensos), con el consiguiente desajuste en los nombramientos. Ello ha hecho que la referida regla de renovación por tercios haya tenido que ser también interpretada, por el propio Tribunal Constitucional primero y por el legislador después, al considerar que existe contradicción con otro mandato constitucional previsto en el mismo precepto[26], a saber: el que fija la duración del mandato de los magistrados en nueve años. La cuestión no deja de resultar espinosa teniendo en cuenta que el retraso en el nombramiento de algún magistrado hace imposible el cumplimiento de las dos normas a la vez y ello, teniendo en cuenta que ambas, la de la renovación por tercios y la del mandato de 9 años, están en el mismo precepto constitucional y por lo tanto tienen la misma consideración jurídica. Lo cierto es que cuando comenzaron a producirse en el Tribunal vacantes anticipadas ocasionadas por la renuncia, la muerte y otras circunstancias personales de los magistrados, se desajustaron los años de mandato previstos de modo ordinario (9 años) con el nombramiento colectivo y por bloques de los magistrados que se contemplaban en la regla de renovación por tercios. En lugar de aprovechar la oportunidad para realizar nombramientos individuales a partir de esa circunstancia, como se hizo en otros países de nuestro entorno, la interpretación del legislador español, con la aquiescencia del Tribunal Constitucional, ha hecho primar la norma que establece la renovación por tercios sobre la norma que establece el mandato de 9 años, lo que obliga a acortar o alargar el mandato de aquellos magistrados que han ocupado sus cargos como consecuencia de una vacante anticipada y no prevista para adaptarse a los tiempos del nombramiento colectivo[27]. Y ello, pese a que la LOTC en su artículo 16.2,

25. la Disposición Transitoria Novena de la Constitución de 1978 estableció que precisamente para el primer ciclo de renovaciones de los magistrados, que debía producirse en 1983: «se entenderán agrupados como miembros de la misma procedencia a los dos designados a propuesta del Gobierno y a los dos que proceden de la formulada por el Consejo General del Poder Judicial». Así se ha venido realizando además en la práctica de modo que competen al Gobierno siempre ha coincidido con la del CGPJ.
26. RUBIO LLORENTE, Francisco, «El Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 24, núm. 71, mayo-agosto 2004, p. 14.
27. Este criterio se ha venido aplicando en el Tribunal desde el inicio, pues los primeros nombramientos de magistrados se realizaron en febrero de 1980, por lo que es ese mes el que el Tribunal tiene en cuenta para pedir al órgano encargado del nombramiento

establecía una excepción en la duración del mandato para aquellos magistrados que hubieran ocupado el cargo durante menos de tres años[28].

Este criterio de rechazo a las renovaciones individuales y la primacía de las colectivas se impone legalmente con la aprobación de la Ley Orgánica 8/2010, de 4 de noviembre que reforma de la LOTC, cuando el legislador hace primar también la norma de la renovación por tercios sobre la del mandato de 9 años al establecerse en el artículo 16.5 que «las vacantes producidas por causas distintas a la de la expiración del período para el que se hicieron los nombramientos serán cubiertas con arreglo al mismo procedimiento utilizado para la designación del magistrado que hubiese causado vacante y por el tiempo que a éste restase» y «si hubiese retraso en la renovación por tercios de los magistrados, a los nuevos que fuesen designados se les restará del mandato el tiempo de retraso en la renovación».

Lo cierto es que esta previsión legal resulta contraria al primer inciso del art. 159.3 CE, al establecer que el mandato de los magistrados del Alto Tribunal pueda durar un período distinto de los nueve años que la Constitución impone, pero parece obvio que la interpretación del legislador y del propio Tribunal tenía que elegir entre hacer prevalecer dicha norma constitucional y la que prevé el nombramiento por terceras partes cada tres años y se hizo primar esta última por considerar que es la regla que resultaba más relevante, lo cual no deja de tener cierto sentido en algunas ocasiones, dicho sea de paso. Pero a nuestro juicio, es precisamente esta previsión de renovación por tercios o renovaciones colectivas, la que constituye el principal error del constituyente, a la hora de regular los nombramientos de magistrados del Tribunal. Y aunque, como indica Rubio Llorente, este error bien pudo ser corregido haciendo primar la regla del mandato de nueve

---

en cada caso que proponga a los candidatos correspondientes. La solicitud de renovación que estaba prevista para sustituir a los magistrados que cesaban en 1992 se realizó a finales de 1991, cuatro meses antes del cumplimiento de su mandato, tal como se recoge en la LOTC. Sin embargo, la duración de su mandato ya se redujo como consecuencia del retraso con el que se nombró a estos nuevos magistrados a fin de que pudiera cumplirse la regla del nombramiento por tercios.

28. RUBIO LLORENTE, Francisco, «Tribunal Constitucional...», *op. cit.* p. 15 sostiene que la única interpretación posible para hacer prevalecer la primacía de la renovación por tercios frente a la de reducción del mandato se explica considerando que esta excepción legal derivaba únicamente de la «necesidad de no impedir lo dispuesto en la Disposición Transitoria Novena de la CE respecto de los primeros componentes del Tribunal pero lo cierto es que el hecho de que estos fueran mencionados expresamente en la Disposición Transitoria 3.2 de la LOTC permitía sostener que el legislador tuvo en cuenta la posibilidad de que hubiese otros Magistrados cuya estancia en el Tribunal tuviese una duración inferior a tres años».

años por parte del legislador, no se ha hecho así, generando una clara politización de nuestro órgano constitucional[29].

Ya hace tiempo que, con gran acierto, Rubio Llorente evidenció que esa opción es el principal causante de la politización que aqueja a nuestro Tribunal Constitucional, dado que a través de la anomalía en la duración de los mandatos se ha mantenido en España «el procedimiento de renovaciones colectivas, que en la mayor parte de los tribunales constitucionales europeos han desaparecido justamente porque en ellos se ha hecho prevalecer la norma que fija la duración de los mandatos sobre aquéllas que establecen la renovación parcial y periódica». Entiende este autor, así pues, que la sustitución del procedimiento de las renovaciones por tercios por el de los nombramientos individuales escalonados en el tiempo «resulta no sólo más respetuosa con el principio de la duración igual de los mandatos de los magistrados sino también menos propicia a lo que en Italia se llama "lotizzazione", al reparto del botín»[30].

El problema de las renovaciones parciales del Tribunal Constitucional se vio además agravado además con el bloqueo producido en la propia renovación del CGPJ (en funciones desde diciembre de 2018 hasta poco antes de cerrar el presente artículo septiembre de 2024) como consecuencia de que, a raíz de la aprobación de la Ley Orgánica 4/2021, de 29 de marzo que modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, LOPJ, este órgano no ha podido realizar nombramientos de altos cargos judiciales (Magistrados del Tribunal Supremo, Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia o los mismos Magistrados del TC) hasta que no se procediera a la elección de sus nuevos componentes por parte de las dos Cámaras de las Cortes Generales[31].

Ante la situación descrita, se han venido pronunciando muchos juristas, que han seguido evidenciado la cada vez más sospechosa parcialidad en la

29. RUBIO LLORENTE, Francisco, «Tribunal Constitucional...», *op. cit.*, p. 15.

30. RUBIO LLORENTE, Francisco, «Tribunal Constitucional...», *op. cit.* p. 16 Indica este autor que «aunque es evidente que en la democracia de partidos..., la designación de los magistrados del Tribunal Constitucional será siempre objeto de negociación entre aquellos y que tal negociación producirá frecuentemente un retraso de la decisión y se saldará con un reparto de los puestos a cubrir, también es evidente que el riesgo de que suceda lo uno y lo otro es tanto mayor cuanto más rígida sea la periodicidad y mayor el número de magistrados a designar».

31. Esta reforma, que fue aprobada por la mayoría parlamentaria del PSOE y sus socios, tenía como objetivo el de forzar al PP, principal partido de la oposición en las Cortes Generales para renovar el Consejo General del Poder Judicial, dado que los cargos de su órgano de gobierno se encontraban prorrogados desde hacía años. Ello repercutía en los nombramientos necesarios para cubrir las plazas del Tribunal Supremo por jubilación, fallecimiento u otros motivos, pero también impedía que se pudieran

actuación del Tribunal Constitucional español en determinados asuntos de carácter marcadamente político o ideológico[32]. «La simple duda de que los magistrados hayan dejado de actuar como juristas para convertirse en políticos es letal para un órgano de las características del Tribunal Constitucional y el simple hecho de que los medios de comunicación social cataloguen a los distintos magistrados, desde hace años, como "progresistas" o "conservadores" pone en evidencia el deterioro que se ha producido en la actuación del Tribunal»[33]. Pero a nuestro juicio, el problema en sí no radica solo en que la opinión pública realice esa clasificación de los magistrados por su origen ideológico de procedencia, que podría deberse simplemente y en puridad, a clasificar a los magistrados en función del partido que les ha propuesto para el cargo. Ciertamente, esta clasificación se produce de modo inevitable en el sistema de elección colectiva por cuanto, al resolverse por cuotas de los partidos, en lugar de por acuerdo de estos sobre cada candidato, evidencian ya la preferencia partidista del magistrado en cuestión, lo cual no resulta muy adecuado para proclamar su independencia. No obstante, la percepción sobre el origen de la propuesta partidista de los magistrados, no resultando deseable, no creemos que resulte el principal de los problemas. El problema más pernicioso es que esa catalogación de los magistrados por su origen partidista presupone además una actuación determinada en la resolución de los asuntos, generando en la opinión pública una previsión perversa del resultado de las sentencias. La previsión del resultado no deriva de la posible fundamentación o el derecho aplicable, sino de la procedencia mayoritaria de los magistrados, sobre todo en las de

---

renovar los dos Magistrados del Tribunal Constitucional propuestos por el Gobierno que forman parte del bloque del tercio previsto por la Constitución. Es obvio que no podía renovarse solo con los dos miembros del Gobierno porque entonces el Alto tribunal se estaría renovando en un sexto y no en una tercera parte. Finalmente, en julio y a iniciativa también del PSOE, se produjo una nueva reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial para devolver al Consejo General del Poder Judicial su función de realizar nombramientos pero solo para que pudiera designar a los dos magistrados del Tribunal Constitucional. Parece obvio que dicha «contrarreforma» se realiza esencialmente porque le permitía al Gobierno poder recuperar la mayoría progresista y la presidencia del tal órgano constitucional. Ello, porque, de los cuatro nuevos magistrados, 2 los nombraría directamente el Gobierno, y los otros 2 el propio Consejo General del Poder Judicial existiendo en la práctica de dicho nombramiento la «tradición» de que uno lo nombrase el ala conservadora y el otro la progresista, con todos los matices que se quieran.

32. Ya desde los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra varios Estatutos, principalmente el de Cataluña, que hicieron saltar las alarmas sobre las anomalías en el funcionamiento del Alto Tribunal.

33. GARCÍA MARTÍNEZ, María Asunción, «El Tribunal Constitucional. De la legitimidad de origen a la de ejercicio», *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 21, 2009 (pp. 107 a 144), p. 117.

especial carga política o ideológica, previsión que normalmente resulta acertada.

Así pues, como consecuencia de la inevitable mala *praxis* que genera en la actuación de los partidos el diseño constitucional basado en el sistema de renovaciones por tercios cada tres años, pues conduce al reparto por cuotas de los nombramientos, la politización del órgano ha sido la tónica general y cada vez de modo más evidente. El desprestigio que la institución ha venido cosechando en los últimos años ha ido *in crescendo* y recurrimos una vez más a la tan citada frase que en su despedida del TC el 8 de julio de 1992 diría el entonces Presidente Tomás y Valiente: «las instituciones ganan o pierden prestigio por lo que hacen, pero también por lo que con ellas se hace».

La situación hoy parece resultar insostenible y la mayoría de los autores y de la opinión pública independientes claman por arbitrar una solución. Y el principal problema es que esa solución no puede venir, a nuestro juicio, de intentar modificar legal o jurisprudencialmente la mala *praxis*, volviendo a dejar en manos de los partidos el destino de un órgano tan vital para la supervivencia de nuestro sistema constitucional. Es preciso actuar desde la Constitución, estableciendo distintos parámetros y muy precisos en la designación y el mandato de los magistrados para impedir que se pueda volver a producir esta perversión y protegiendo del mejor modo posible la composición independiente de nuestro Tribunal Constitucional. Dicho esto, debemos aclarar que somos perfectamente conscientes de lo que supone esta afirmación. Hoy en día, el mero hecho de proponer una reforma constitucional podría considerarse que entra dentro del ámbito de la ciencia ficción y si además hablamos de una reforma para la elección de los miembros del Tribunal Constitucional podría considerarse que supera los parámetros de la ciencia ficción para entrar en la fantasía. Sin embargo, no por ello podemos dejar de fantasear con una posible solución para la protección del Tribunal que garantiza el cumplimiento de la Constitución y, por ende, nuestro sistema, pues la gravedad de la situación y el peligro cada vez más patente de involución democrática que percibimos en España, nos impide permanecer callados.

4. INSUFICIENCIA DE UNA REFORMA LEGAL Y NECESIDAD DE REFORMA DEL ART. 159 CE

Como acabamos de ver, los problemas que afectan a nuestro Tribunal Constitucional no pueden ser resueltos a través de una ley, ni siquiera orgánica, en tanto en cuanto la regulación que genera los problemas analizados se encuentra regulada en un precepto constitucional.

Por lo demás, para intentar dotar de una mayor independencia a los miembros del Tribunal y, por ende, a este, consideramos necesario que se modifiquen otros parámetros que afectan a la elección de los miembros del Tribunal Constitucional también regulados constitucionalmente. Llegados a este punto y, si hipotéticamente fuera posible reformar el procedimiento de elección, nuestra postura sería la de que la Constitución debe tender, en este caso concreto, a regular lo máximo. No hablamos de principios, hablamos de un proceso de elección de miembros del órgano que es el máximo garante del propio texto constitucional y, por lo tanto, conviene ser lo más exhaustivos posible, pues el objetivo en este caso no es dejar mucha libertad al legislador futuro sino al contrario, limitar su actuación sobre este concreto punto. Ello, teniendo en cuenta que la existencia de una mayoría suficiente para aprobar una ley, aunque sea orgánica, puede convertir a esta institución clave del sistema democrático en absolutamente inestable[34]. Es preciso, así pues, acudir a la Constitución y modificar aquí los parámetros necesarios para impedir que el poder constituido sin mayoría cualificada suficiente como para reformarla, pueda incidir en la composición y, por lo tanto, en el funcionamiento de este Tribunal. En este asunto, más que en cualquier otro, resulta esencial plantear seriamente si existe verdadera intención de frenar el total deterioro de nuestro sistema democrático. Es mucho lo que nos jugamos y es preciso tomar conciencia de la situación y actuar de inmediato.

Como ya hemos indicado, muchos de los autores que han tratado este problema acaban concluyendo que la única solución para evitar la politización reside en el autocontrol del propio Tribunal[35]. Sin embargo, en nuestra humilde opinión, confiar en la autolimitación del Tribunal Constitucio-

34. Esa constatación ha sido ya evidenciada en Alemania donde han alcanzado un principio de acuerdo para modificar la Ley Fundamental elevando el rango de los elementos estructurales en los requisitos y sistema de elección de los magistrados del Tribunal Constitucional. https://www.elperiodico.com/es/internacional/20240723/alemania-blindara-tribunal-constitucional-evitar-ultraderecha-afd-105990327 (fecha de consulta, 6 de agosto de 2024). Como después se indicará, se van a trasladar a la Constitución alemana cuestiones que hoy están reguladas en la ley que organiza el Tribunal Federal y sobre las que se mantiene un consenso mayoritario. Ello, obviamente, dificultará su reforma en el futuro.

35. Esa constatación ha sido ya evidenciada en Alemania donde han alcanzado un principio de acuerdo para modificar la Ley Fundamental elevando el rango de los elementos estructurales en los requisitos y sistema de elección de los magistrados del Tribunal Constitucional. https://www.elperiodico.com/es/internacional/20240723/alemania-blindara-tribunal-constitucional-evitar-ultraderecha-afd-105990327 (fecha de consulta, 6 de agosto de 2024). Como después se indicará, se van a trasladar a la Constitución alemana cuestiones que hoy están reguladas en la ley que organiza el Tribunal Federal y sobre las que se mantiene un consenso mayoritario. Ello, obviamente, dificultará su reforma en el futuro.

nal a estas alturas, después de haber comprobado que ello no se viene produciendo en los últimos años, es como no decir nada. Supone dejar nuevamente esta cuestión en manos de las personas que en cada momento ocupan el cargo de magistrado dentro del máximo intérprete constitucional. Por desgracia, considerar que el Tribunal Constitucional puede custodiarse a sí mismo no resulta efectivo y la degradación que se va generando en el sistema como consecuencia de la falta de actuación es cada día mayor y va *in crescendo* hasta haberse hecho, a día de hoy y en nuestra opinión, insostenible.

Es cierto que la regulación que establece el art. 159 de nuestra Constitución resulta más o menos acorde con la que se establece en el Derecho comparado pero, en la práctica, como consecuencia de los defectos a los que nos referíamos en apartados anteriores (sistema de renovaciones colectivas y la falta de sanción al incumplimiento en el plazo de los nombramientos), ese sistema ha derivado en un verdadero reparto de cuotas que, sin duda, resulta absolutamente pernicioso para sustentar la legitimidad y la credibilidad de la actuación del órgano constitucional que regula [36]. Ello redunda en una absoluta falta de confianza en su correcta actuación y ese descrédito afecta a todo el sistema democrático.

36. En España, el nombramiento de magistrados que han ocupado cargos públicos tan relevantes, incluso dentro del Gobierno, como es el caso del ministro Campos, al que ya nos hemos referido, suscita mucha desconfianza en la opinión pública. Esta desconfianza se ve acrecentada por la actuación en la práctica del órgano constitucional en el que se ha evidenciado una clara polarización en el voto de los magistrados que coincide, sin fisuras, con el origen político de su nombramiento. Así ha sucedido en las sentencias que se han dictado recientemente, todas ellas de marcado carácter político o ideológico, como en el caso de la sentencia del aborto (S. 44/2023, de 9 de mayo de 2023), la de la eutanasia (S. 19/2023, de 22 de marzo de 2023) o en las sentencias que han resuelto los varios amparos formulados en el caso de los ERES de Andalucía. En este último caso, el Tribunal ha modificado varias condenas de ex altos cargos pertenecientes al partido que en la actualidad ha nombrado a la mayoría de sus miembros, habiendo entrado de un modo u otro a revisar la valoración de la prueba por parte del Tribunal Supremo, Así, ha modificado las penas de los siguientes exmandatarios. Manuel Chaves: fue presidente de la Junta de Andalucía entre 1990 y 2009,.José Antonio Griñán: fue consejero de Economía y Hacienda entre 2003 y 2009, y presidente de la Junta de Andalucía entre 2009 y 2013, Magdalena Álvarez: fue consejera de Economía y Hacienda entre 1994 y 2004. También fue ministra de Fomento durante el Gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero y vicepresidenta del Banco Europeo de Inversiones hasta 2014. Francisco Vallejo Serrano: fue consejero de Obras Públicas y Transporte entre 1994 y 2000, y consejero de Innovación, Ciencia y Empresa en la Junta de Andalucía entre 2004 y 2009. Antonio Fernández: fue consejero de Empleo de la Junta de Andalucía entre 2004 y 2010. Gaspar Zarrías: fue consejero de Presidencia de la Junta de Andalucía entre 1996 y 2009. Carmen Martínez Aguayo: fue viceconsejera de Economía y Hacienda entre 2004 y 2009, y consejera de Hacienda de la Junta de Andalucía en 2010. Jesús María Rodríguez Román: fue viceconsejero de Innovación, Ciencia y Empresa entre 2005 y 2010. Antonio Vicente Lozano Peña:

Con tal fin, y a la vista de los problemas que se vienen planteando en la práctica sin solución de continuidad, es preciso actuar reformando la Constitución para impedir que el Tribunal Constitucional acabe siendo controlado de un modo u otro por la mayoría política, y, por lo tanto, resultando inútil para su función esencial de garante del cumplimiento de la Constitución y de los derechos de las minorías. Intentaremos ofrecer nuestra visión sobre cuáles son los puntos que podrían ser modificados en nuestra Constitución para intentar evitar la perniciosa politización actualmente existente en el Tribunal Constitucional.

Nuestra propuesta de reforma constitucional, en resumen, afectaría a cinco parámetros: a) la elección colectiva o por bloques, que pasaría a ser individual, b) la modificación de las instituciones electoras que, suprimiendo al Gobierno y al CGPJ, para pasar a en su totalidad a las Cortes Generales c) por una mayoría que sería de dos tercios en lugar de tres quintos, d) introduciendo la previsión de un procedimiento o sanción para el caso de incumplimiento del plazo de designación y, e) finalmente, a la duración del mandato de los magistrados, que habría de preverse hasta su jubilación. Además de eso, sería conveniente precisar los requisitos que ha de cumplir el magistrado para ser candidato y el sistema de incompatibilidades. No es poca cosa lo que se propone y somos conscientes, pero también hemos de ser conscientes de lo que nos jugamos de no atajar cuanto antes la deriva en la que se ha situado nuestro Tribunal Constitucional y que no parece tener fácil retroceso. Es preciso aislar y proteger, del modo más efectivo posible, al magistrado del control de los partidos políticos. Sin esa ausencia de control, el sistema constitucional sufrirá cada vez más desajustes y, tarde o temprano, está abocado al fracaso.

5. JUSTIFICACIÓN DE LA PROPUESTA

Aunque todos los parámetros previstos para el nombramiento de los magistrados son relevantes, por encima de todo, el más importante para intentar dotarlos de mayor independencia respecto del poder político, sin duda a nuestro juicio, sería la modificación de las designaciones colectivas o por bloques para pasar a prever designaciones individuales. Esta es la manera más efectiva de evitar lo que ya no es un peligro, sino un hecho cierto en España, que es lo que, como ya indicamos al inicio, podríamos

---

fue director general de Presupuestos de la Junta de Andalucía entre 2002 y 2009. Miguel Ángel Serrano Aguilar: fue director general del Instituto de Fomento de Andalucía entre 2004 y 2008. https://maldita.es/malditateexplica/20240722/sentencias-constitucional-caso-ere-andalucia-penas/#:~:text=Durante%20junio%20y%20julio%20de%202024%2C%20el%20Tribunal,de%20los%20exdirigentes%20andaluces%20presentaron%20ante%20el%20TC. (fecha consulta 4 septiembre 2024).

denominar «el reparto del botín», siguiendo la ya referida expresión italiana «lotizzazione». Esta es la cuestión fundamental para el saneamiento del órgano constitucional, y conlleva una clara modificación del mandato constitucional que impone la renovación por tercios.

Ciertamente, «lo que la Constitución exige es que la mayoría de 3/5 refleje un auténtico consenso, que incluye obviamente vetos mutuos»[37]. Sin la exigencia de consenso individualizado para el nombramiento de todos y cada uno de los candidatos, el reparto de cuotas entre los partidos y, por lo tanto, la politización, antes o temprano, acabará produciéndose.

Como ya se ha indicado, esa independencia será más evidente si la elección se realiza de modo individualizado y, por lo tanto, permitiendo que exista un acuerdo real sobre la idoneidad del candidato. Así, el nombramiento individual del candidato exigiría un consenso real por parte del Parlamento, que ahora no existe, como ya hemos indicado, pues el sistema permite y así se ha materializado en la práctica, el acuerdo de los partidos a través de la fórmula de las cuotas, que van polarizando cada vez más la composición del Tribunal. El hecho de exigir ese consenso individual resulta crucial para evitar la polarización, pues desde el momento en que la elección de cada candidato deba realizarse por consenso hasta que el magistrado en cuestión cese, los partidos se verán obligados a pactar dicho candidato y ello hará que se elija a los candidatos más cualificados para el puesto y, sobre todo, a los menos sospechosos de estar ideologizados, pues resulta obvio que la mera sospecha de ideologización del candidato lo invalidaría para ser aceptado por la oposición. De este modo, se evitaría de modo claro la profunda ideologización y por lo tanto, la clara y creciente polarización entre los miembros existente en la actualidad[38].

La duración del mandato de los magistrados también es una cuestión que gran parte de la doctrina considera ya fundamental para la consecución de la independencia de sus miembros y, por ende, del órgano. Es obvio que para modificar la duración del mandato habría que reformar el artículo 159 CE. Algunos autores abogan por prorrogar algunos años más el período de mandato de los magistrados previsto actualmente[39] o incluso

37. ARAGÓN REYES, Manuel *op. cit.*
38. En puridad, esto es lo que sucedía en las primeras designaciones de magistrados para el Tribunal Constitucional. Se pactaban los candidatos eligiendo a los más cualificados para el cargo y no a los más afines a la ideología de quien los proponía. Así es como nuestro Tribunal Constitucional gozó de gran prestigio durante el inicio de su andadura y sus primeros años de funcionamiento y es precisamente ese prestigio el que le dotó de legitimidad ante los ciudadanos y el resto de los poderes del Estado.
39. GARCÍA MARTÍNEZ, María Asunción, *op. cit*,, p. 134, prevé como garantía de mayor independencia en el cargo aumentar el mandato a 12 años como en Alemania.

por un mandato vitalicio. Sin embargo, y siendo cierto que alargar el mandato parece lo más conveniente, entendemos que alargar unos pocos años el mandato tampoco aportaría una gran diferencia con el previsto por la Constitución de nueve años. El sentido de alargar el mandato únicamente tendría el efecto deseado si el magistrado termina su mandato sin necesidad de acceder a ningún otro cargo para subsistir hasta su jubilación. Si el mandato se alarga, pero el magistrado sigue teniendo necesidad —o simplemente deseo para no volver a la situación anterior— de concluir su carrera profesional en otro órgano constitucional o en otro puesto de trabajo de similar nivel, sin duda será más fácil que sea menos independiente. Por lo tanto, la prórroga del mandato hasta la jubilación nos parece la solución más acertada y acorde con el nombramiento individualizado de los magistrados.

Y ello porque el mandato vitalicio, del que disponen los magistrados del Tribunal Supremo en Estados Unidos o del Tribunal Constitucional en Bélgica, o los consejeros natos y permanentes del propio Consejo de Estado en España, tampoco deja de tener inconvenientes. Es cierto que el mandato vitalicio proporciona una gran independencia a los miembros que integran el órgano en cuestión habida cuenta de que se desvincula la actuación en favor del partido que los nombra con el fin (seguramente inconsciente) de conseguir posteriores ventajas una vez agotado el cargo. Sin embargo, ello tampoco garantiza la falta de ideologización o polarización del órgano en cuestión, dado que ello puede depender, en el fondo, de la mayor o menor vinculación o compromiso que pueda tener el magistrado con su propia ideología. Parece obvio que cada magistrado realizará una interpretación de la Constitución acorde con sus propias convicciones. En definitiva, un cargo más prolongado, incluso vitalicio, puede fomentar la independencia, pero tampoco puede garantizarla. Siendo esto así, es preciso sopesar el principal inconveniente que puede tener este tipo de nombramientos, que consiste en el distanciamiento que puede producirse en la posición y actitud de los magistrados respecto de los avances sociales, al ir quedando «desfasados» en su visión sobre los cambios más novedosos en los supuestos más longevos. El cargo vitalicio, como su propio nombre indica, solo cesa con el fallecimiento del magistrado y ello puede suceder a una avanzada edad en no pocos casos, y más aún con el avance de la ciencia.

Algunas propuestas minoritarias apuntan a una posible elección popular de los miembros del Tribunal Constitucional. Este sistema no parece muy acorde con el sentido y finalidad del órgano en cuestión, pues precisamente se trata de que sea un contrapeso a la mayoría que ocupa el Tri-

bunal con la que ocupa los poderes del Estado[40]. Es obvio que lo más normal es que dichas mayorías ideológicas tiendan a coincidir salvo que el proceso de elección de los miembros del órgano tuviera un lapso demasiado amplio. De lo contrario, y aunque no se celebren al tiempo que las elecciones legislativas, si la diferencia temporal no es suficientemente amplia, lo normal es que tiendan a coincidir. Por lo demás, tampoco este mecanismo ofrece resultados muy prometedores allí donde se ha puesto en práctica. En efecto, si nos fijamos en Bolivia, que es el único lugar en el que, por el momento, se ha impuesto este modo de elección de los magistrados del Tribunal Constitucional, llegamos a la conclusión de que no parece ser el mejor ejemplo para conseguir su independencia y eficacia[41].

Otra opción de fórmula electiva, pero intentando evitar la coincidencia temporal indicada entre la legislatura y el mandato de los magistrados, podría ser la elección vitalicia del magistrado. Sin embargo, esta fórmula seguiría incurriendo en los defectos que hemos apuntado anteriormente respecto de la falta de adecuación de la fórmula electiva con el sentido y finalidad principal de protección de las minorías que ha de tener el órgano constitucional y además el inconveniente que hemos descrito en los mandatos vitalicios por lo que tampoco esta opción parece la más conveniente.

El motivo de proponer un mandato hasta la jubilación se justifica en el hecho de que este período temporal parece guardar un equilibrio razonable entre el mandato previsto en la Constitución y el que finalmente proporciona la mayor independencia, que es el mandato vitalicio, pero intentando evitar, en cierta medida, la desventaja ofrecida y ya mencionada que puede conllevar este último. Ya hemos indicado que la mayor duración del mandato puede aportar una mayor independencia, pero lo cierto es que tam-

40. Como bien indica ARAGÓN REYES, Manuel. «Si la composición del Tribunal estuviese en las manos de la democracia de la mayoría, su función de control del legislador prácticamente desaparecería», *op. cit.*

41. En la actualidad, y tras la reciente victoria en las elecciones presidenciales celebradas en Méjico, de la candidata Clara Sheinbaum por una aplastante mayoría, se encuentra en desarrollo la propuesta de López Obrador para la elección popular de los jueces y magistrados. La iniciativa propone que vayan a elección los cargos de ministros de la Suprema Corte de Justicia, consejeros del Consejo de la Judicatura Federal (CJF), magistrados del Tribunal Electoral Federal, magistrados de circuito y jueces de distrito. En total, más de 1.600 cargos judiciales irían a las urnas, a los que podrán postularse miles de abogados. La primera elección de todos estos cargos judiciales se realizaría en junio de 2025: https://elpais.com/mexico/2024-09-04/morena-y-sus-aliados-aprueban-la-ley-que-sometera-a-voto-popular-la-eleccion-de-los-jueces-en-mexico.html (fecha de consulta 5 de septiembre de 2024). Habrá que esperar aun para ver cómo se desarrolla esta propuesta, pero no parece que sea la mejor solución para la pervivencia del Estado de Derecho en este importante país de Latinoamérica.

poco puede garantizarla. Es cierto que el mandato vitalicio tiene la desventaja de que puede suponer, en determinadas circunstancias y cuando los magistrados son muy longevos, un desajuste en el rendimiento del magistrado por su avanzada edad, así como en la comprensión y aceptación por parte de los magistrados respecto de los cambios sociales que, sin duda, se van produciendo. Sin embargo, establecer un mandato hasta la jubilación (que podría pactarse más o menos temprana), tiene la ventaja de que proporciona al magistrado la cualidad de poder estar aun plenamente activo y conectado con esos cambios sociales, teniendo en cuenta que una persona que hoy en día tiene de 60 a 70 años resulta relativamente joven y le permite adaptarse a la realidad que le rodea. La ventaja de proporcionar una mayor independencia al magistrado, que ya no tiene que pensar en su futuro después de jubilarse en el Tribunal Constitucional, parece claramente superior a la edad de una jubilación temprana, por ejemplo, que la posible desventaja del menor rendimiento y la desconexión con la sociedad[42].

Una vez anticipada la posibilidad de ampliación del mandato de los magistrados hasta la edad de jubilación y de que la designación de los candidatos se produzca de modo individual sólo al cese de cada magistrado, es preciso examinar brevemente, de qué modo esas propuestas nos llevan a defender una modificación más amplia. En efecto, para mantener una mayor coherencia en el sistema de elección propuesto de nombramiento individualizado hasta la jubilación, sería conveniente realizar ajustes en otros parámetros que afectarían a los órganos electores, a las mayorías que actualmente prevé la Constitución y a la previsión de sanciones para el caso de incumplimiento de los plazos de designación previstos. La combinación de todos estos factores, a nuestro juicio, serían los más adecuados para garantizar la independencia de los magistrados.

Aunque el espacio del que disponemos en este texto no nos permite ahondar esta cuestión, sí hemos de indicar que no parece que los nombramientos de candidatos realizados por el Gobierno aporten una mayor independencia al órgano sino todo lo contrario. Estas designaciones aportan la

42. En Alemania, de hecho, se prevé de algún modo un sistema similar en la Ley reguladora del Tribunal. En efecto, el artículo 12 de la BVerfGG prevé que, al término de su mandato, un magistrado del BVerfG accede a la jubilación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98, apartado 1, de la BVerfGG y recibe la pensión correspondiente. El artículo 98, apartado 2, de la BVerfGG dispone que, en caso de invalidez permanente, el magistrado será jubilado *ex oficio* y que, a partir de los 65 años, cualquier magistrado que haya ocupado el cargo al menos durante 6 años podrá solicitar la jubilación sin necesidad de probar su invalidez. SCHÖNDORF-HAUBOLD, B, *op. cit*, p. 6.

posibilidad de desestabilizar los consensos parlamentarios[43], por lo tanto, no resultan acordes con el sistema de designación individual consensuada que proponemos. En cuanto a la designación de miembros por parte del CGPJ se ha comprobado que, en la práctica, al igual que lo que sucede con los miembros designados directamente por el Gobierno, han supuesto un bloqueo en la renovación del Tribunal Constitucional dado que, finalmente, han sido nuevamente los partidos políticos quienes han controlado las mayorías del órgano de gobierno de los jueces y por lo tanto, de modo indirecto, también la designación de los miembros del Tribunal. Podría defenderse sin excesivas objeciones que el CGPJ, pudiera nombrar a cuatro de los magistrados (los dos que la Constitución le asigna en la actualidad y los dos que le son asignados al Gobierno). Sin embargo, nuestra propuesta considera que, dado que el sistema que ofrece se basa en los consensos, el CGPJ ofrece menos garantía de respeto a las minorías que si se atribuye la elección de estos magistrados en su totalidad al órgano parlamentario. No en vano, aunque en el seno del CGPJ también habría de elegirse por consenso, lo cierto es que sus miembros no son elegidos directamente por los ciudadanos y, de un modo u otro, la influencia partidista puede convertir a estos nombramientos en más inestables.

Así pues, nuestra propuesta pasa por defender que la designación de todos los miembros del Tribunal Constitucional habría de realizarse en exclusiva por parte de las Cortes Generales, lo cual parece ofrecer una suficiente independencia del candidato si su nombramiento se realiza de modo individualizado. Así se prevé en algunos de los países de nuestro entorno cuyo Tribunal Constitucional goza de gran independencia y credibilidad[44].y, desde luego, no puede negarse que resulta más acorde con el espíritu del Tribunal ideado por Kelsen, como puede comprobarse en Austria, su país de origen. Dejamos abierta la posibilidad de que el CGPJ pudiera también designar al menos cuatro miembros (los dos que designa en la

43. El reparto de cuotas conduce a un «empate» entre los magistrados de procedencia parlamentaria por lo que al final acaba decidiendo el Gobierno la mayoría del Tribunal a pesar de nombrar solo a dos magistrados. En este mismo sentido tanto OLLERO TASSARA, *op. cit*, p. 127 como ARAGÓN REYES, Manuel, «Ataque frontal al TC y al Estado de derecho», publicado en *El Mundo* el 14 de diciembre del mismo año 2022 y que consultamos a través de *Iustel h*ttps://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1228560, por estar reproducido en abierto (fecha de consulta 20 de julio de 2024).

44. En Alemania, el nombramiento todos los miembros del Tribunal Federal es una función que recae exclusivamente en el poder legislativo. La Ley Fundamental establece en su artículo 92 que el Tribunal Constitucional Federal forma parte del poder judicial. Es un tribunal integrado solamente por juristas, compuesto por dos Salas de ocho magistrados cada una. Los magistrados son nombrados a partes iguales por la Cámara Baja del Parlamento alemán (Bundestag) y la Cámara Alta del Parlamento alemán

actualidad y los dos designados por el Gobierno) siempre y cuando este órgano esencial también modifique el modo de elección de sus miembros para restar el control de los partidos políticos.

Para dotar de mayor participación a las minorías, habida cuenta de que la totalidad de la elección de los miembros se ubica en el órgano parlamentario, lo más conveniente sería modificar las mayorías previstas en la Constitución, pasando de los 3/5 a los 2/3. Podría pensarse que, si ya es difícil llegar a un acuerdo con la prevista mayoría de 3/5, sería más complicado aún obtener ese acuerdo con una mayoría más cualificada. Sin embargo, ello no tiene por qué ser así, dado que se prevería una solución a un posible incumplimiento del plazo de designación de candidato por la Cámara correspondiente, con lo cual, el acuerdo habría de producirse de un modo u otro contando con la intervención de otros partidos que no fueran los mayoritarios, si fuera preciso.

Por lo tanto, para que el sistema propuesto resultara verdaderamente exitoso, y dado que la exigencia de mayorías cualificadas en ambas cámaras podría conducir nuevamente al bloqueo en las designaciones, debería preverse un plazo prudencial máximo para la designación del nuevo candidato a magistrado y una sanción ante el retraso en el cumplimiento de dicha designación, o bien una fórmula sustitutiva de designación automática para el caso de que las distintas fuerzas políticas no consiguieran ponerse de acuerdo. Esta fórmula sustitutiva podría ser la que existe en Alemania (donde además todos los magistrados son también de designación parlamentaria) de modo que, pasado el plazo máximo de renovación sin que existiera acuerdo, dicho candidato fuera designado o propuesto para su elección por el propio Tribunal Constitucional. Sin embargo, también podría establecerse una fórmula de designación de cada magistrado con su respectivo suplente, que accedería al cargo para el caso de que no existiera acuerdo en el plazo establecido. Es cierto que esta fórmula de designación

---

(Bundesrat) por un mandato de doce años. No está permitida su reelección y las disposiciones relativas a la incompatibilidad con otros cargos y profesiones (a excepción de la docencia universitaria), así como a las posibilidades de exclusión y recusación en los procedimientos, procuran garantizar la independencia y neutralidad de los magistrados. En SCHÖNDORF-HAUBOLD, B, *op. cit.* p. 6.

En este sentido, es preciso indicar que La Comisión de Venecia no se opone a la elección de todos los magistrados constitucionales efectuada por el parlamento de forma exclusiva, aunque eso conlleve cierto riesgo de politización, siempre que los candidatos a magistrados constitucionales no sean presentados por los grupos políticos, sino por las instituciones y los entornos jurídicos, y se exija para su elección una mayoría cualificada de dos tercios de los votos. Se entiende que esa mayoría cualificada obliga ya a los partidos mayoritarios a respetar la posición de los partidos de la oposición y a buscar candidatos con perfiles más moderados.

de magistrado sustituto al tiempo que la del titular podría ser más compleja en tanto en cuanto la designación del magistrado sustituto podría demorarse en exceso, resultando que este podría no estar ya tampoco en condiciones de ocupar el cargo.

Sin embargo, sea cual sea la fórmula elegida, resulta imprescindible regular en la Constitución una cuestión tan trascendental y que en la actualidad no se prevé.

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal, por ejemplo, contiene en la actualidad un régimen extraordinario de aplicación en aquellos casos en los que, en el plazo de dos meses a partir de la expiración del mandato o del cese anticipado de un magistrado, no se haya producido la elección de un sucesor. En tal caso, el miembro de mayor antigüedad del Comité de elección del *Bundestag* o el Presidente o el Vicepresidente del *Bundesrat* (§ 7 a III BVerfGG), dependiendo de cuál sea el órgano encargado de la respectiva elección, ha de instar al Tribunal Constitucional Federal a que este presente alguna propuesta para su posterior elección. A continuación, el pleno del Tribunal Constitucional Federal propone, según el quórum de asistencia establecido en el § 16 II BVerfGG, esto es, con la presencia de dos tercios de sus miembros, por mayoría simple, una terna, salvo cuando haya que elegir a más de un magistrado. En este último caso, el Tribunal tiene que proponer el doble del número de Magistrados que se hayan de elegir (§ 7 a II BVerfGG). Sin embargo, las propuestas del Tribunal no son jurídicamente vinculantes para el órgano que ha de elegir al magistrado, por lo que este podrá decidir libremente también a personas no incluidas en las propuestas referidas (§ 7 a IV BVerfGG)[45].

Sin embargo, no estamos muy seguros de que esta fórmula pudiera resultar efectiva en España pues no existe, en realidad, ninguna previsión coactiva más allá de la mera propuesta de la terna por parte del Tribunal Federal. Por ello, se nos ocurre que podría adoptarse una fórmula similar, pero con la previsión de que, si pese a la terna propuesta, no existe desig-

45. No obstante, como ya hemos indicado, la coalición de Gobierno de Alemania y el partido mayoritario de la oposición, el conservador CDU, han acordado un plan para reforzar la independencia del Tribunal Constitucional Federal ante la posible influencia futura de grupos extremistas y posibles bloqueos, presentarán un proyecto de ley, que se espera sea aprobado durante la legislatura de la coalición gobernante, que finaliza en 2025. Además del mandato de doce años para los jueces y la exclusión de la reelección, así como el límite de edad de 68 años, la reforma prevé que no conseguirse ese respaldo en una de las dos cámaras, la elección será competencia de la otra cámara. https://www.elperiodico.com/es/internacional/20240723/alemania-blindara-tribunal-constitucional-evitar-ultraderecha-afd-105990327 (fecha de consulta 2 de agosto de 2024).

nación en plazo, se producirá la designación automática como magistrado de quien ocupase el primer puesto en dicha terna.

Otra posible solución y más rápida y sencilla, es la que se regula en Chile, donde, si en el plazo de diez días desde la vacante, no se produce el quórum para la nueva designación, el puesto se integra automáticamente con las personas incluidas en una lista que elabora la propia Corte cada tres años[46]. Ciertamente, quizás esta fórmula no sea la que más legitimidad proporcione al candidato elegido, en tanto en cuanto, finalmente en este *modus operandi* no existe intervención del órgano legislativo, pero también es verdad que aquel tiene la posibilidad de impedir la integración automática procediendo a un acuerdo y si no lo hace, prima la necesidad de cubrir la vacante.

6. CONCLUSIONES

Hoy, más que nunca, debemos hacer frente al peligro de acceso al poder de las estrategias populistas en las democracias consolidadas. Este peligro que ya se ha materializado en algunos casos, ha podido ser incluso acelerado y propiciado por la existencia de un Tribunal Constitucional cuyo funcionamiento no resulte el adecuado[47]. Es cierto que no existe ningún mecanismo que pueda blindar los sistemas democráticos para impedir el acceso al poder de partidos con tendencias autocráticas, en tanto en cuanto siempre existe algún resquicio abierto para poner a su servicio las instituciones propias del sistema democrático. Ni siquiera las cláusulas de intangibilidad parece que pudieran frenar, llegado el caso, el acceso y la actuación fatal de este tipo de ideologías en la perversión del sistema constitucional. No podemos olvidar que acceden al poder sin explicitar su verdadera intención de apropiarse del sistema para perpetuarse en él y, aunque es cierto que los populismos no son algo reciente, lo más preocupante es que en los últimos tiempos funcionan colonizando a los partidos tradicionales que «mutan» en su configuración interna, que no externa, para acoger los postulados populistas con lo que resultan de más difícil detección. La paradoja es que, precisamente en estos casos, cuando un Tribunal

46. SERVICIO DE ESTUDIOS, BIBLIOTECA Y DOCUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL «Modelos de renovación personal de tribunales constitucionales» en *Revista Española de Derecho Constitucional* Año 21. Núm. 61. Enero-abril 2001, p. 224.

47. «Los ejemplos de Polonia y Hungría han demostrado de forma alarmante lo rápido que pueden derrumbarse incluso Estados constitucionales supuestamente estables si fuerzas antiliberales se lo proponen», según el director de la Asociación Alemana de Abogados y de Jueces (DRB) Sven Rebehn. https://www.europapress.es/internacional/noticia-partidos-alemania-acuerdan-reformar-constitucion-garantizar-independencia-constitucional-20240723203557.html (fecha de consulta: 2 de agosto de 2024).

Constitucional resulta más necesario para frenar al poder y cuando con más ahínco debe cumplir su verdadera función de garante de los principios constitucionales y esenciales del Estado de Derecho, es el momento en el que más débil se encuentra porque acaba siendo controlado por el poder al que debe frenar. Cuanto más «débil» es la independencia de ese Tribunal Constitucional, más complicado le va a resultar cumplir su función, y ello puede generar un círculo vicioso que termine en que el Tribunal quede literalmente «anulado» como control efectivo del poder, como ha sucedido ya en varios Estados de nuestro entorno.

Por lo tanto, y siendo conscientes de que la función del Tribunal Constitucional solo puede cumplirse si existe una verdadera independencia del órgano respecto de los partidos y del resto de los poderes del Estado, se hace evidente que resulta imprescindible que la composición del Tribunal esté correctamente conformada, pues la independencia del órgano en sí no es posible sin la independencia de los miembros que lo integran. En España, el sistema de elección de los miembros del Tribunal Constitucional, como hemos indicado, no está correctamente conformado para evitar la politización de los magistrados que lo integran y su situación de politización y desprestigio actual resulta ya insostenible. Es preciso acometer una reforma y la misma sólo puede ser debidamente materializada modificando la Constitución y, en nuestra opinión, ha de realizarse en los extremos clave que se han indicado a lo largo de este breve estudio.

Por razones obvias, parece bastante improbable a día de hoy pactar cualquier reforma constitucional de los parámetros que regulan la elección de los miembros del Tribunal Constitucional. Ni siquiera nos referimos a una reforma que contemple la que proponemos en este breve estudio, sino a ninguna otra que conduzca realmente a proporcionar mayor independencia real al máximo órgano de garantía de la Constitución. No parece que sea esa precisamente la intención de los partidos políticos en la actualidad, sino más bien la contraria. Ninguno desea perder la posibilidad de mantener o de obtener quizás en algún momento, cuando ocupe el poder, el control sobre el órgano más relevante desde el punto de vista constitucional y que, como hemos indicado, resulta la clave de bóveda que cierra el sistema. Solo si existiera una concienciación de que está en juego el propio sistema podría llegar a ponerse en práctica algún tipo de actuación, bien sea esta u otra alternativa, y ello resulta complejo a la vista del panorama político actual. Solo un profundo sentido de Estado puede llevar a pactar una reforma para intentar proteger la independencia del Tribunal Constitucional, como ya hemos indicado que ha sucedido recientemente en Alemania. Confiemos en que algún día, antes de que sea demasiado tarde y no exista marcha atrás, se produzca algún acontecimiento significativo que genere

en nuestros líderes políticos el temor a un colapso real del sistema democrático del que hemos disfrutado tras la dictadura y que nos ha proporcionado tanto bienestar y estabilidad. Quizás así pueda materializarse alguna solución que resuelva los graves y crecientes problemas de nuestro Tribunal Constitucional y, por ende, de nuestro sistema. Mientras tanto, seguiremos clamando en el desierto, pero no por ello podemos dejar de intentarlo.

Parte III
Proceso constitucional e independencia

Capítulo 7

¿Independencia a través del proceso constitucional?

Claudio Panzera
Profesor asociado de Derecho Constitucional
Universidad Mediterránea de Reggio Calabria

SUMARIO: 1. LA INDEPENDENCIA DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES: VARIACIONES SEMÁNTICAS SOBRE EL TEMA. 2. SOMETIMIENTO Y AUTONOMÍA RESPECTO A LAS REGLAS PROCESALES.. 3. DECONSTRUCCIÓN DEL PROBLEMA. *3.1. ¿Proceso o procesos? 3.2. ¿Proceso o procedimiento? 3.3. ¿Autonomía o heteronomía?* 4. USO Y ABUSO DE LOS CÁNONES PROCESALES: *QUIS (ET QUOMODO) IUDICABIT?* 5. EJEMPLOS TRAÍDOS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL. 6. EN CONCLUSIÓN.

1. LA INDEPENDENCIA DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES: VARIACIONES SEMÁNTICAS SOBRE EL TEMA

Existen diferentes formas de entender la independencia de los jueces constitucionales y, correlativamente, muchos aspectos a tener en cuenta a la hora de abordar la cuestión. Junto a las reglas propias para el *tipo de órgano* —relativas a los procedimientos y requisitos de nombramiento, duración del mandato, garantías y estatuto singular, régimen de incompatibilidades, incluida la post-mandato, etc.—, existen determinados principios relacionados con la *forma de ejercer la función que* no son exclusivos del juez constitucional, sino que tienen un alcance general (es decir, se aplican a cualquier juez)[1].

1. Sin poder entrar en el fondo de la vieja cuestión de la naturaleza de los órganos de justicia constitucional, baste recordar que, en los llamados sistemas «concentrados» de control

En primer lugar, es de recordar la conocida observación según la cual, en el ejercicio de sus funciones, el juez no sólo debe *ser* independiente (tercero e imparcial), sino que también debe *parecerlo* a las partes en el proceso y a la comunidad en su conjunto. Son muy conocidas las nefastas consecuencias para el prestigio y la confianza cuando existe la sospecha fundada de un ejercicio no independiente de la función: forma y fondo, aquí, deben coincidir. Esta doble condición —«ser» y «parecer» independiente— deriva tanto de factores jurídicos e institucionales (la posición garantizada del juez y de todo el ordenamiento judicial en el sistema), como de la responsabilidad ética del titular del cargo (esa «disciplina y honor» con que todos los ciudadanos a los que se han confiado funciones públicas tienen el deber de cumplirlas: artículo 54 Const. It.)[2]. En estos términos, ciertamente también se aplica a los miembros de los tribunales constitucionales, más allá de las disposiciones sobre los procedimientos y requisitos de nombramiento, que son sólo una parte del sistema más amplio que regula las interacciones entre el Tribunal y el Legislador[3]. Se trata, como decíamos, de una independencia vinculada al *modo de ejercicio* de la función, más que a la naturaleza (judicial, legislativa o híbrida) del órgano.

En segundo lugar, la independencia implica tanto a la dimensión *fáctica como* a la dimensión de *valor*[4]. En otras palabras, es un «dato» cuantificable dentro de un sistema, según índices capaces de medir la actuación de un órgano o de un poder en su conjunto desde el punto de vista de la independencia efectiva (piénsese en los fuertes condicionamientos, cuando no a la subordinación al sistema político, del poder judicial y de los tribunales constitucionales en los sistemas autocráticos o en las llamadas «democracias iliberales»). Pero esta representa una «instancia axiológica superior» y, por tanto, un principio jurídico fundamental, hacia el que todo sistema liberal-democrático tiende continuamente en una dimensión deóntica y teleológica. Esto también significa que siempre habrá una brecha entre la idealidad

---

de tipo no político, la función desempeñada suele calificarse de jurisdiccional, *por el método*.

2. Sobre este tema, véase recientemente GIAMPIERETTI, Marco, «Il principio costituzionale dell'"onore" (art. 54, comma 2, Cost.) e la sua efficacia prescrittiva», *Quaderni costituzionali*, núm. 2, junio de 2024, pp. 335 y ss.
3. Para este encuadramiento de las reglas de nombramiento, destitución y garantías de independencia de los jueces constitucionales, véase entre otros: BAGNI, Silvia y NICOLINI, Matteo, «Justicia constitucional comparada», CEPC, Madrid, 2021, p. 428.
4. Sobre esta dicotomía inseparable en la experiencia jurídica de las democracias constitucionales, véase sumariamente y para todos D'ANDREA, Luigi, «Ragionevolezza e legittimazione del sistema», Giuffrè, Milán, 2005, especialmente pp. 203 y ss.

del valor —y del principio jurídico que lo «viste»[5]— y la realidad de los hechos.

En tercer lugar, desde un punto de vista más técnico, la independencia es una condición que afecta tanto *al interior* del mismísimo poder como a la dimensión *exterior*, es decir, en relación con otros órganos y poderes, especialmente políticos. Mientras que para las anteriores referencias al término no hay diferencias significativas entre los órganos del poder judicial *tout court* y los jueces constitucionales (que, al menos en los sistemas de control concentrado, no suelen formar parte del primero)[6], el perfil de los jueces constitucionales es diferente en los ambos casos. Dado que —de nuevo en los sistemas de control concentrado— la unicidad del órgano se corresponde con la unicidad de la función de declarar la inconstitucionalidad de la ley[7], no tiene mucho sentido preguntarse sobre las condiciones de independencia «interna», si no es en términos del compromiso personal de cada miembro de pensar y decidir todas y cada una de las cuestiones *en ciencia y conciencia* sin dejarse condicionar por la mera «fuerza» del número, o por la opinión (*doxa*) expresada en la deliberación de la mayoría del pleno[8].

---

5. Sobre los principios constitucionales como «vestimenta jurídica» de los valores ético-sociales más profundos de una colectividad y las implicaciones teóricas generales de esta correlación, véase SILVESTRI, Gaetano, «Dal potere ai princìpi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporáneo», Laterza, Roma-Bari, 2009, pp. 35 y ss.
6. En sentido contrario, en la doctrina italiana, véase LAMARQUE, Elisabetta, «Corte costituzionale e giudici nell'Italia republicana», Laterza, Roma-Bari, 2012, especialmente, pp. 28-43, sobre la base de consideraciones relativas a la conexión estructural y funcional entre los jueces y el Tribunal en el control de constitucionalidad de las leyes.
7. En el ordenamiento jurídico italiano, el artículo 137.3 de la Constitución establece que «Contra las decisiones del Tribunal Constitucional no se admite recurso». En el texto hablamos de jurisdicción de *invalidez* porque, en el caso contrario, cada juez (de hecho, toda autoridad en el ejercicio de su propia función) lleva a cabo un control implícito o explícito de la constitucionalidad de la ley que ejecuta o aplica. Véase, por todos RUGGERI, Antonio y SPADARO, Antonino, «Lineamenti di giustizia costituzionale», VII ed., Giappichelli, Turín, 2022, pp. 304 y ss.
8. Excluyendo, obviamente, la fuerza persuasiva de los argumentos en la propia deliberación interna del Tribunal. Sobre la importancia de la intervención de los magistrados libres de condicionamientos y cierres *a priori* del debate, véase, entre otros, ZAGREBELSKY, Gustavo, «Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica», Einaudi, Turín, 2005, pp. 12 y ss. y pp. 55-79. Una retrospectiva inédita en la doctrina italiana sobre la experiencia del juez constitucional se puede ver también en el volumen de CASSESE, Sabino, «Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale», il Mulino, Bolonia, 2015; aún más insólita, respecto a la tradicional reserva que sigue al final del mandato también en virtud del principio de colegialidad en el proceso decisorio (que impide a los jueces individualmente redactar *votos particulares*), es la exposición pública del propio disenso por parte de un exjuez: ZANON, Nicolò, «Le opinioni dissenzienti in Corte costituzionale. Dieci casi», Zanichelli, Bolonia, 2024.

Para el poder judicial, la primera condición institucional de la independencia es el sometimiento *solamente* a la ley. Este principio, explicitado por el artículo 101 de la Constitución italiana, es una concreción del principio de soberanía popular[9], y habitualmente se entiende, por la rigidez de la Carta, con la reserva de que la ley en sí no es inconstitucional. Sin embargo, incluso en este último caso, el juez sigue sometido a esa sujeción hasta que el Tribunal Constitucional la declare inconstitucional con una decisión *erga omnes* y, normalmente, retroactiva[10].

Desde este punto de vista, la posición del juez constitucional es de indudable ventaja, pues tiene el poder de eliminar ese vínculo de sujeción a la ley, incluso para sí mismo, cuando tiene competencia para hacerlo a través de los procedimientos establecidos y en las condiciones fijadas[11]. Es una posición de sujeción y autonomía *condicionada*: la primera a la validez, y la segunda a la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de la ley en la forma prevista.

9. Artículo 1.2 de la Constitución italiana: «La soberanía pertenece al pueblo, que la ejerce en las formas y dentro de los límites de la Constitución». El artículo 101 también establece el principio de sujeción a la ley: «La justicia se administra en nombre del pueblo».

10. Para la referencia al *status subiectionis* del juez respecto de la ley y unicamente su remoción por el Tribunal Constitucional, véase en la doctrina italiana CAPPELLETTI, Mauro, «La pregiudizialità costituzionale nel processo civile», Giuffrè, Milán, 1957 (reimpr. inalt.1972, pp. 82 y ss.). Con el proceso de integración europea, como es sabido, es bastante llamativo el desplazamiento de esa sujeción a la ley por aplicación de la norma de la UE con efecto directo *con preferencia sobre el Derecho interno* en conflicto. Por otro lado, el juez tampoco puede inaplicar directamente la ley cuando sea incompatible con un tratado internacional (por ejemplo, con el CEDH), convirtiéndose el llamado «control de convencionalidad» en una alternativa de interpretar la ley de conformidad con el tratado o, en su caso, plantear una cuestión de legitimidad constitucional por violación del artículo 117.1 de la Constitución. Para una comparación con la situación española, véase JIMENA QUESADA, Luis, «Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos», Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

11. Son excepción en el ordenamiento jurídico italiano, los dos casos límite de la «autoremisión» de la cuestión de legitimidad, y la declaración de ilegitimidad «derivada» prevista en el artículo 27 de la Ley 87/1953, de 11 de marzo, de Constitución y Funcionamiento del Tribunal Constitucional. Sobre la primera, véase PUGIOTTO, Andrea y FARAGUNA, Pietro, «Corte costituzionale e autorimessione: una radiografia giurisprudenziale», *Quaderni costituzionali*, núm. 2, junio de 2024, pp. 373 y ss.; para la segunda MORELLI, Alessandro, «L'illegittimità conseguenziale delle leggi. Certezza delle regole ed effettività della tutela», Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ), 2008.

2. SOMETIMIENTO Y AUTONOMÍA RESPECTO A LAS REGLAS PROCESALES.

Los problemas específicos relativos a la independencia de los tribunales constitucionales surgen con respecto a las normas que rigen el *proceso constitucional*.

De hecho, la sujeción-autonomía a este último toca directamente el problema de la legitimidad de estos órganos: siendo en parte meta-democrática[12], se ve reforzada por la observancia del marco normativo que delimita su actividad estructurándola en formas *cuasi-jurisdiccionales*. Es una creencia generalizada que es precisamente su comportamiento como «juez» lo que más fácilmente blinda a los tribunales constitucionales de los ataques e invectivas de un poder político que soporta mal los *watchdogs*, y al mismo tiempo preserva la esencia íntima de su función de control, que, por extensos que sean los límites semánticos de esta ambigua noción, sigue siendo una actividad *complementaria* —no *concurrente* y alternativa— a la legislación y a la dirección política[13].

El respeto a las normas procesales se afirma, es condición necesaria (aunque no suficiente) para el correcto desempeño de la función, mientras que su vulneración constituiría un exceso y abuso en detrimento de las atribuciones y responsabilidades de otros poderes, especialmente de aquellos legitimados democráticamente para dictar las normas constitutivas del sistema, con efectos deslegitimadores del órgano garante. La única forma jurídicamente viable de «deshacerse» de una norma procesal sería declararla inconstitucional, obviamente no porque molesta al órgano que debe aplicarla sino por falta de validez.

Este planteamiento implica una comprensible preocupación por la salvaguarda de la independencia del juez constitucional en los sistemas democrático-representativos, especialmente frente a los intentos de «capturarlo» por parte de sujetos que operan en el circuito político (los partidos). Este es

12. Es imposible profundizar aquí en esta cuestión capital: sobre este punto, remítanse a los excelentes argumentos ofrecidos sucintamente en RUGGERI, Antonio y SPADARO, Antonino, «Lineamenti di giustizia costituzionale», cit., pp. 8 y ss.

13. Sin embargo, hay que evitar el riesgo de defender un significado «mítico», meramente formal-abstracto, del control de constitucionalidad, que en todas partes —independientemente del carácter generalizado o concentrado del sistema— ha superado ya los estrechos límites de la *negative Gesetzgebung* de memoria kelseniana, para calificarse también como una «creación» (sobre todo intersticial) de Derecho según rasgos estilísticos cada vez más comunes a los diversos tribunales de los sistemas de *civil* y de *common law*. A este respecto, véase el amplio panorama que se ofrece en BREWER-CARÍAS, Allan-Randolph (ed.), «Constitutional Courts as Positive Legislators. A Comparative Law Study», Cambridge Univ. Press, Nueva York, 2011.

un riesgo inevitable, incluso en los sistemas más liberales, si partimos de la dinámica intrínseca del ejercicio de cualquier poder que lleva al «controlado» a eludir la vigilancia del «controlador». Sería fácil para los detentadores del poder político extraer de un uso casual de las normas de procedimiento —entendido como la disposición del órgano a sobrepasar los límites de su función de control— motivos suficientes para modificar en su propio beneficio, en forma de legislación ordinaria o incluso de revisión constitucional, el delicado sistema constitucional de *checks and balances* del que forman parte los órganos de garantía.

3. DECONSTRUCCIÓN DEL PROBLEMA

La cuestión requiere profundizar, ya que, si el ejercicio del *judicial review* ha amplificado la tradicional sensibilidad «política» del poder judicial en los sistemas de control difuso, es bien sabido que esta dimensión caracteriza deliberadamente *en origen* la institución de los tribunales constitucionales en los sistemas europeos que, después de la Segunda Guerra Mundial, optaron por el control centralizado[14]. Tanto es así que no es posible, al menos a la luz de las categorías dogmáticas heredadas de la tradición positivista jurídica, disipar la duda sobre su «verdadera» naturaleza, en perenne equilibrio en la cresta que separa la esfera política de la esfera jurisdiccional[15].

Lo anterior hace también inevitable una cierta *elasticidad* en la aplicación de las normas reguladoras del proceso constitucional, que no debe entenderse como una dimensión autónoma —y separada— del Derecho constitucional sustantivo y de las exigencias funcionales de la justicia constitucional[16].

---

14. Las razones son bien conocidas: baste remitirse, entre otros muchos, a FERRERES COMELLA, Víctor, «Constitutional Courts and Democratic Values. A European Perspective», Yale Univ. Press, New Haven & London, 2009.
15. Es pacífico, al menos en la doctrina italiana: por todos CHELI, Enzo, «Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri», il Mulino, Bolonia, 1996; desde otro ángulo, también ZAGREBELSKY, Gustavo, «La Corte in-politica», *Quaderni costituzionali*, núm. 2, junio de 2005, pp. 273 y ss. Dentro del extenso debate sobre la cuestión, entre las recientes contribuciones véase ROMBOLI, Roberto (ed.), «Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"», Giappichelli, Turín, 2017, con una sección dedicada a la interpretación flexible de las normas procesales.
16. Claramente en este sentido, HÄBERLE, Peter, «Verfassungsprozeßrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht» (1976), pero ya en «Die Eigenständigkeit des Verfassungsprozeßrechts» (1973), ambos en *id.*, *Verfassungsgerichtsbarkeit – Verfassungsprozessrecht. Ausgewählte Beiträge aus vier Jahrzehnten*, Duncker & Humblot, Berlín 2014, pp. 71 y ss. y pp. 97 y ss. Véase también *infra*, § 3.1.

Hay al menos tres aspectos a considerar, que en adelante se tratarán con referencia específica al caso italiano.

3.1. ¿PROCESO O PROCESOS?

El primer aspecto se refiere a la posibilidad de hablar de «un» proceso constitucional, en lugar de los múltiples procesos a través de los cuales se articula el ejercicio del control en las diversas competencias de la Corte[17]. No obstante, algunos reenvíos internos a la regulación aplicable en uno u otro tipo de juicio, las diferencias sustanciales en el modo en que se garantiza el principio de legalidad constitucional en cada uno de ellos dificultan la identificación de un prototipo común a todos y, por tanto, la propiedad al referirse a un *único* proceso constitucional[18].

La conclusión coincide también con los planteamientos más elaborados de la doctrina procesalista, según la cual «no existen principios generales del proceso, entendidos como principios —tradicionalmente confiados a la elaboración del estudioso del proceso civil— cuyo modo autónomo de ser pueda identificarse, con independencia de que se trate de un proceso de un determinado tipo: civil, penal, administrativo, constitucional. Por el contrario, existen principios comunes a los distintos tipos de proceso»[19].

Lo mismo puede decirse de los diversos «procesos» en los que se desarrolla la justicia constitucional en Italia. En cualquier caso, la existencia de algunos (ciertamente pocos) cánones procesales recurrentes en los diversos tipos de juicio no permite acceder a ese orden de ideas —típico en cambio de los sistemas latinoamericanos— que arraiga la autonomía científica de

17. Así: juicio sobre las leyes, conflictos de atribución entre los poderes del Estado y entre el Estado y las Regiones, admisibilidad del referéndum abrogatorio y responsabilidad penal-constitucional del Presidente de la República.

18. En este sentido véase ZAGREBELSKY, Gustavo, en el prefacio general a la voz «Processo costituzionale» de la *Enciclopedia del diritto*, XXXVI, Giuffrè, Milán, 1987, p. 522, quien señalaba cómo incluso la «jurisdiccionalidad» es, en los distintos procesos, un «elemento común con un significado muy laxo». Sobre la consideración necesariamente *plural* del concepto de proceso constitucional, véase también CERRI, Augusto, «Corte e processo costituzionale», *Foro italiano*, p.te V, núm. 10, octubre de 2006, p. 310.

19. CAPONI, Remo, «Autonomia del processo costituzionale: note preliminari», *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 2009, p. 4. Para un intento de análisis acerca de en qué medida estos principios comunes se «filtran» en los juicios de constitucionalidad, véase BINDI, Elena, PERINI, Mario y PISANESCHI, Andrea (ed.), «I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale», Giappichelli, Turín, 2008.

esta rama del derecho en la dimensión *procesal*, separándola del derecho constitucional sustantivo[20].

3.2. ¿PROCESO O PROCEDIMIENTO?

Un segundo problema se refiere a la naturaleza exacta y a la finalidad del sistema de normas que rigen la actuación del juez constitucional, en particular en el enjuiciamiento de las leyes en vía incidental: ¿tienen por objeto la garantía de los derechos fundamentales afectados por el acto examinado o el correcto ejercicio de la función de control? ¿Asumen una «inclinación» subjetiva (protección de las personas) u objetiva (protección de la legalidad)? En definitiva: ¿se trata de *un proceso* o de *un procedimiento*?[21].

La alternativa tiene consecuencias distintas en cuanto al carácter vinculante de las propias normas: *obligatorias* en el caso del juicio, *adaptables* en el caso del procedimiento. Lo cierto es que muchos años después del inicio del debate en Italia, los términos esenciales del mismo se mantienen[22].

---

20. Sobre el «derecho procesal constitucional» —denominación contigua pero no idéntica a las otras en uso a nivel comparado: «judicial review of the legislation», «constitutional adjudication», «constitutional justice», «contentiuex constitutionnel», «Verfassungsgerichtbarkeit»— véase FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, «Derecho procesal constitucional. Origen científico (1928-1956)», Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008. Un resumen del riquísimo debate sobre el tema puede verse en las partes metodológicas de PEGORARO, Lucio, «La justicia constitucional. Una perspectiva comparada», Dykinson, Madrid, 2004 y de BAGNI, Silvia y NICOLINI, Matteo, «Justicia constitucional comparada», cit., pp. 21 y ss.
21. En estos términos, ZAGREBELSKY, Gustavo, «Diritto processuale costituzionale?», en *Giudizio «a quo» e promovimento del processo costituzionale*, Giuffrè, Milán, 1990, pp. 108 y ss.
22. Además de las obras ya citadas *retro* (notas 18-20), entre los numerosos estudios sobre el tema véanse: D'AMICO, Marilisa, «Dalla giustizia costituzionale al diritto processuale costituzionale: spunti introduttivi», *Giurisprudenza italiana*, p.te IV, núm. 11 de noviembre de 1990, pp. 480 y ss.; ROMBOLI, Roberto (ed.), «La giustizia costituzionale a una svolta», Giappichelli, Turín, 1991; RUGGERI, Antonio, «Alla ricerca dell'identità del "diritto processuale costituzionale"», *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 31 de marzo de 2009; BALDUZZI, Renato, CAVINO, Massimo y LUTHER Jörg (ed.), «La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta», Giappichelli, Turín, 2011; ROMBOLI, Roberto, «Il diritto processuale costituzionale: una riflessione sul significato e sul valore delle regole processuali nel modello di giustizia costituzionale previsto e realizzato in Italia», en *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. IV, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2011, pp. 2995 y ss.; PINARDI, Roberto, «La Corte e il suo processo: alcune preoccupate riflessioni su un tema di rinnovato interesse», *Giurisprudenza costituzionale*, núm. 3, mayo-junio de 2019, pp. 1897 y ss.; BIONDI, Francesca, «Il processo costituzionale», *Questione giustizia*, núm. 4, diciembre de 2020, pp. 114 y ss.; D'AMICO, Marilisa y NARDOCCI, Costanza (ed.), «Il processo costituzionale dopo la riforma delle norme integrative», Editoriale Scientifica, Nápoles, 2023.

Queriendo resumirlas brevemente, y glosando la diferencia de matices entre las distintas tesis, han surgido tres posturas en la doctrina.

Según una primera, la justicia constitucional y su proceso conciernen fundamentalmente a la organización de los poderes públicos y, *in primis*, a la forma de gobierno: el *telos* del proceso constitucional es la satisfacción de las necesidades sustantivas que subyacen al juicio, entre las que ocupa un lugar destacado el interés por una inserción armónica (razonable) de la Corte en esas relaciones de poder. Por tanto, «las categorías y las instituciones pertenecen al Derecho procesal, pero el tipo de racionalidad que las sustenta le es ajeno, pues no obedece a instancias de coherencia lógica abstracta, sino a la concreción y objetividad de un sistema que impone a la Corte un papel acorde con la eficacia y funcionalidad de la forma de gobierno». De estas premisas se desprende que la única «ley» que se aplica a la actuación del órgano es la del «equilibrio, expreso, tácito o implícito, [de] todo lo que es relevante a efectos de un resultado razonable, no importa si procesal o sustantivo, de las cuestiones de constitucionalidad»[23].

En el lado opuesto, están quienes rechazan la conceptualización de un Derecho procesal *fluido* «en manos» del juez constitucional, y prefieren la articulación de un sistema de normas predeterminadas, cierto e inderogable, coherente con los postulados generales del Estado de Derecho (en el que *todo* ejercicio del poder está limitado por reglas jurídicas vinculantes) y perjudicial para el reconocimiento de la naturaleza jurisdiccional de la actividad desarrollada por el órgano, aspecto considerado «en cierto sentido más importante que los preceptos, por así decirlo, sustantivos»[24] y «la mejor garantía posible de su independencia y funcionalidad»[25].

---

23. Así, MEZZANOTTE, Carlo, «Processo costituzionale e forma di governo», en *Giudizio «a quo»*, cit., pp. 66 y 69 (*in extenso* véase *id.*, «Corte costituzionale e legittimazione politica», Tipografia Veneziana, Roma, 1984, reimpr. Editoriale Scientifica, Nápoles, 2018); ahí también BOGNETTI, Giovanni, «La Corte costituzionale tra procedura e politica», pp. 221 y ss. para la consideración prioritaria en el uso de las normas procesales tanto de las exigencias de eficacia de la sentencia como del «impacto ambiental» de las decisiones.

24. FOIS, Sergio, «Considerazioni sul tema», en *Giudizio «a quo»*, cit., p. 141. Para ANGIOLINI, Vittorio («Processo giurisdizionale e processo costituzionale», *Foro italiano*, p.te I, núm. 4, abril de 1995, p. 1090), lo importante es «que la corte se atenga a la finalidad, propia de los mismos (otros) procesos jurisdiccionales, de servir exclusivamente a la interpretación y aplicación de la Constitución, conformando las instituciones procesales a la maximización de una ambición de "verdad", que no puede darse por satisfecha y cumplida. Lo cual, y no hace falta decirlo, implica que, si existe una disciplina legislativa, constitucional u ordinaria, la Corte debe observarla, pues quien actúa en forma de proceso no puede ser, como es natural, *legibus solutus*». Pero véase ya *id.*, «La Corte senza il "processo", o il "processo" costituzionale senza processualisti?», en ROMBOLI, Roberto (ed.), *La giustizia costituzionale a una svolta*, cit., pp. 20 y ss.

En una posición intermedia, que es mayoritaria, se sitúan quienes admiten la utilidad de reglas procesales *flexibles*, capaces de hacer coexistir en equilibrio dinámico la garantía subjetiva de los derechos inviolables y la protección objetiva de la función (y de la legalidad del sistema): no mero «procedimiento», a doblegar siempre y en todo caso para alcanzar el fin pretendido, sino «proceso», aunque *sui generis*[26]. Aun concediendo un cierto margen de elasticidad en la interpretación de los conceptos, normas e instituciones a un proceso tan peculiar como el que rige las funciones de la Corte, se rechaza, sin embargo, la idea de que las normas en cuestión puedan ser ponderadas —y temporalmente dejadas de lado— en el contexto de las operaciones hermenéuticas llevadas a cabo para alcanzar la decisión sobre el fondo, como si fueran uno de los términos «internos» al juicio y no la base jurídica «externa» que legitima a la Corte en el ejercicio de su función[27].

La previsibilidad de la conducta procesal de la Corte, amparada en el carácter imperativo de las normas sobre la materia, no sólo sería deseable por razones de «certeza» en beneficio de los destinatarios de sus decisiones y de la opinión pública *at large*[28], sino también necesaria para conferir a su actividad esa «jurisdiccionalidad» que sirve para legitimarla como función autónoma e independiente de la legislación y del reflejo de la competencia cotidiana entre partidos por la conquista y el ejercicio del poder político que subyace en ella[29].

---

25. PIZZORUSSO, Alessandro, «Uso ed abuso del diritto processuale costituzionale», en BESSONE, Mario (ed.), *Diritto giurisprudenziale*, Giappichelli, Turín, 1996, pp. 149.
26. Nuevamente ZAGREBELSKY, Gustavo, «Diritto processuale costituzionale?», cit., pp. 119 y ss. y p.137. Ahí también PANUNZIO, Sergio, «Qualche riflessione sulla "elasticità" delle regole procedurali nel processo costituzionale», p. 263, para quien la rigidez de la regulación procesal aumenta cuanto más se desplaza el juicio hacia el lado subjetivo de la garantía de las libertades (como en los casos, conocidos en otros ordenamientos, de recurso individual directo).
27. Entre otros: ROMBOLI, Roberto, a partir de «Significato e valore delle disposizioni regolanti il processo davanti alla Corte costituzionale nei più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale», en *Quaderni dell'Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, n. 2 (Seminario 1991), Giuffrè, Milán, 1992, pp. 53 s.; y posteriormente también en *id*., «La Corte costituzionale e il suo processo», *Foro italiano*, p.te I, núm. 4, abril de 1995, p. 1096; *id*., «Il diritto processuale costituzionale», cit., pp. 3031 y ss.; PUGIOTTO, Andrea, «Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale», *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 3 de abril de 2015, p. 6; PINARDI, Roberto, «La Corte e il suo proceso», cit., pp. 1901, 1909 y 1918-1934.
28. Sobre este punto, ELIA, Leopoldo, «Considerazioni sul tema», en *Giudizio «a quo»*, cit., pp. 98, retomado también por ROMBOLI en las últimas obras citadas.
29. Véase CAPPELLETTI, Mauro, «The "Mighty Problem" of Judicial Review and the Contribution of Comparative Analysis», *Legal issues of Europe Integration*, vol. 6, núm. 2, 1979, pp. 1 y ss.

Rechazadas las soluciones más extremas y antitéticas, el núcleo de la cuestión radica entonces en la identificación del *set mínimo* de reglas procesales —o, mejor dicho, de principios— indispensables para preservar el «núcleo esencial de jurisdicción» del órgano[30], que puede incrementarse en función del nivel de integración alcanzado por el sistema político-institucional en su conjunto[31], así como del grado de madurez científica de la rama de estudio correspondiente[32]. Un parámetro dinámico, por tanto, con el que comparar la conducta del juez constitucional en su intento de discernir los usos impuestos, permitidos o prohibidos de los cánones procesales[33].

Se ha observado con autoridad, por ejemplo, que «no corresponde a la Corte decidir si debe o no decidir, como puede hacer un órgano político; no corresponde a la Corte *decidir sobre qué debe decidir*, porque el material para sus decisiones procede del exterior; no corresponde a la Corte, salvo dentro de ciertos límites, decidir *cuándo* debe ocuparse de un tema determinado»[34]. Aparte de estos principios muy generales y de algunos otros[35], las opiniones sobre lo que forma parte de este núcleo indisponible de normas procesales a partir de aquí divergen, empezando por la cuestión muy controvertida de si la Corte Constitucional puede o no disponer los efectos de sus decisiones[36]. Y no es atrevido decir que aquí precisamente radica uno de los estímulos del debate italiano sobre el carácter «procesal» del proceso constitucional.

---

30. De nuevo CAPPELLETTI, Mauro, «Questioni nuove (e vecchie) sulla giustizia costituzionale», en *Giudizio «a quo»*, cit., p. 41, quien, además, invitaba a no confundir reductivamente «jurisdiccionalidad» y «procesalidad».
31. Sobre la conexión entre el «perfeccionamiento» del proceso constitucional y la madurez del contexto político-institucional, véase CARROZZA, Paolo, «Il processo costituzionale come processo», en ROMBOLI, Roberto (ed.), *La giustizia costituzionale a una svolta*, cit. p. 67.
32. Sobre los términos de la transición de «procedimiento» a «proceso», véase D'AMICO, Marilisa, «Dalla giustizia costituzionale al diritto processuale costituzionale», cit., pp. 494.
33. Sobre la incidencia de las prácticas (o *regularidades)* de la Corte constitucional en la naturaleza de su proceso (las *reglas*), véase RUGGERI, Antonio, «Alla ricerca dell'identità del "diritto processuale costituzionale"», cit., pp. 8 y ss.; *id*., «La Corte costituzionale e il processo incidentale tra regole e regolarità», *Quaderni costituzionali*, núm. 2, junio de 2022, pp. 325 y ss.
34. ONIDA, Valerio, «Relazione di sintesi», en *Giudizio «a quo»*, cit., pp. 305 (cursiva textual).
35. Como la obligación de motivar los actos adoptados: véase ROMBOLI, Roberto, «Il diritto processuale costituzionale», cit., pp. 3028.
36. En el ordenamiento jurídico italiano, la regulación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad —como se verá con más detalle en el § 5— deriva de las disposiciones combinadas del artículo 136 de la Constitución y del artículo 30 de la Ley 87/1953. Además, recordamos que el artículo 137.3 de la Constitución establece que las decisiones del Tribunal no son susceptibles de recurso.

3.3. ¿AUTONOMÍA O HETERONOMÍA?

La heteronomía del derecho procesal respecto de sus destinatarios (el juez y las partes) es un elemento «consustancial a la concepción moderna del proceso [...como...] resultado histórico de la distinción legislación-jurisdicción»[37]. También a este respecto es significativa la peculiaridad de las normas sobre el proceso constitucional, resultantes de un conjunto de fuentes en parte *deliberadas por el órgano*.

La autopoiesis de la norma procesal no debe sorprender demasiado en el caso de los tribunales constitucionales: por un lado, «forma parte de la historia del Derecho en otros ámbitos no menos que en el presente»[38] y, por otro, refleja una necesidad que subyace lógicamente a la posición apical de la Corte como órgano *superiorem non recognoscens*, al que corresponde un poder implícito de autorregulación imprescindible para preservar su independencia y autonomía respecto de cualquier otro poder del sistema[39]. Si el legislador ordinario pudiera conformar todos aspectos del proceso constitucional en detalle, se llegaría a la paradójica situación de hacer depender de la ley la extensión del poder para determinar su validez, en un cortocircuito lógico completamente autorreferencial[40]. En este sentido, la autorregulación normativa del proceso constitucional *viene a concurrir con las demás garantías para asegurar la independencia funcional de los tribunales constitucionales*.

El artículo 137.1 de la Constitución remite a una ley constitucional la determinación de las condiciones, formas y plazos de presentación de los juicios de legitimidad constitucional, así como las garantías de independencia de los jueces constitucionales; encomienda al legislador ordinario el establecimiento de «las demás normas necesarias para la constitución y el funcionamiento del Tribunal». La Ley 87/1953, que desarrolla esta disposición, prevé a su vez una remisión a un *reglamento* de la Corte para la regulación del «ejercicio de sus funciones» (artículo 14.1) y la adopción de normas sobre «procedimiento» *complementarias* a las vigentes en materia de procedimiento administrativo, que deberán observarse «en la medida en

37. BUFFONI, Laura, «Processo e pluralismo nell'ordinamento costituzionale italiano. Apologia e limiti dell'universalismo procedurale», Jovene, Nápoles, 2012, pp. 351 y ss.
38. CERRI, Augusto, «Relazione conclusiva», en BINDI, Elena, PERINI, Mario y PISANESCHI, Andrea (ed.), *I principi generali del processo comune*, cit., p. 531.
39. Este hecho está ampliamente reconocido por la doctrina: véase, también para más referencias, RUGGERI, Antonio y SPADARO, Antonino, «Lineamenti di giustizia costituzionale», cit., pp. 40 y ss.
40. Véase SILVESTRI, Gaetano, «La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo» (1998), en *id.*, *Le garanzie della Repubblica*, Giappichelli, Turín, 2009, p. 116.

que sean aplicables» también en los procesos constitucionales (artículo 22)[41].

En lugar de un único texto reglamentario, que incluyera la regulación de las funciones y el procedimiento, la Corte optó por la aprobación de disposiciones separadas. Junto a un *Reglamento general* de 1966 (al que se añaden otros reglamentos sobre materias particulares: servicios y personal, administración y contabilidad, biblioteca, etc.) existe un texto separado de *normas complementarias* para los juicios de su competencia (dos textos, incluidos los de justicia política), actualizados periódicamente, que se utilizan como fuente «principal» de la disciplina procesal, relegando las normas legislativas sobre el proceso administrativo a una fuente «complementaria» y residual[42]. Dado que el Reglamento general y la Ley 87/1953 se ocupan también del funcionamiento y el procedimiento, el resultado es un *entramado desordenado de normas heterónomas y autónomas* de distinto origen y valor formal que convendría racionalizar (simplificando) para reducir los inconvenientes de la confusión imperante[43].

4. USO Y ABUSO DE LOS CÁNONES PROCESALES: *QUIS (ET QUOMODO) IUDICABIT?*

Por las razones expuestas, determinar cuándo una aplicación elástica de las normas sobre el proceso constitucional trasciende a una violación de los cánones prescritos para la «jurisdiccionalidad» de la función —*uso que* se convierte en *abuso*— no es como trazar una línea sobre el papel. Frente a lo que pueda parecer, tiene menos que ver con el derecho codificado y más con los supuestos generales que se esconden «detrás» de las normas a interpretar.

41. La referencia textual al «reglamento para el procedimiento ante la sección jurisdiccional del Consejo de Estado» debe entenderse obviamente como un reenvío a las normas realmente en vigor, hoy el «código procesal administrativo» (decreto legislativo 104/2010, de 2 de julio, en su versión modificada). Las prescripciones generales de la Ley 87/1953 están fijadas por las prescripciones particulares dictadas en materia de procedimientos y juicios de acusación (Ley 20/1962, de 25 de enero, modificada por la Ley 219/1989, de 5 de junio) y del juicio de admisibilidad del referéndum abrogativo (Ley 352/1970, de 25 de mayo).

42. Al no tener fuerza de ley, las normas complementarias emitidas por la Corte están formalmente exentas del control de legitimidad constitucional, tal como se aclaró en la Auto 572/1990 y se reiteró más recientemente en la Sentencia 35/2023. Más allá de los obstáculos formales, es llamativo que el órgano se «autocensure» declarando ilegales sus normas complementarias en lugar de modificarlas directamente.

43. Sigue teniendo interés la propuesta de SPADARO, Antonino, «Sulla razionalizzazione del potere di autonormazione interno della Corte costituzionale», *Quaderni costituzionali*, núm. 1, marzo de 1996, pp. 127 y ss.

Sostener que la oscilación entre usos obligatorios, permitidos y prohibidos de los cánones procesales puede juzgarse sobre la base de las propias normas «utilizadas» es, de hecho, un razonamiento viciado de autorreferencialidad[44]. Antes bien, la valoración de la conducta de la Corte depende de la asunción de *postulados que lógicamente preceden a la posición de la norma procesal* y —como muestra el debate brevemente relatado— se apoya en una opción previa sobre la concepción (del papel) de la justicia constitucional y la correlativa teoría de la Constitución que se sostenga[45]. Concepción, nótese, en cuya elaboración participa la propia Cortes través de su actividad, en una «autorrepresentación» sustancial de su función de garantía que influye en el uso de las normas e instituciones procesales.

La estrechez de las prescripciones constitucionales en la materia explica la singularidad de que gran parte del derecho procesal aplicado sea autoproducido por el órgano (normas de procedimiento y normas complementarias) o sometido a su control (leyes ordinarias). Esto hace objetivamente menos sólidos los «diques» normativos a su conducta procesal.

También se señala en doctrina que mientras la norma no sea modificada (en el caso de las fuentes internas) o declarada inconstitucional (en el caso de las leyes) la Corte debería someterse a ella[46]. Esta es, en efecto, el crucial de los problemas trazados hasta ahora en torno a la existencia y carácter vinculante del derecho procesal constitucional: su «condición de regla, susceptible de ser enunciada de una vez por todas, y no elemento abierto a la ponderación permanente»[47]. Dicho de otro modo, lo que está en juego aquí es la «función estabilizadora que las normas procesales, aunque sean elásticas en términos de *interpretación* o —de hecho— de *aplicación*, tienen la tarea de operar efectivamente»[48]; de modo que el incumplimiento episódico

44. Para ilustrar mejor este punto, considérese la posición de los jueces y funcionarios públicos: es sobre la base del principio de legalidad, que tiene una base constitucional explícita (artículos 1, 97 y 101), que es posible evaluar el cumplimiento de las normas procesal establecidas en las leyes que les vinculan. Del mismo modo, el Parlamento está obligado a observar las reglas prescritas para la formación de las leyes en virtud del principio de rigidez constitucional (artículos 138 y 139), mientras que cualquier otra regla emitida por las Cámaras en aplicación de los artículos 64 y 72 de la Constitución está sujeta a una aplicación flexible y a excepciones consensuadas.
45. Véase también RUGGERI, Antonio, «Alla ricerca dell'identità del "diritto processuale costituzionale"», cit., p. 21.
46. Véase especialmente el Autores citados en la nota 27.
47. CERRI, Augusto, «Relazione conclusiva», loc. cit.
48. GROSSO, Enrico, «Il "rinvio a data fissa" nell'ordinanza 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?», *Quaderni costituzionali*, núm. 3, septiembre de 2019, pp. 532 (cursiva textual).

y las oscilaciones nunca deben ser «teorizados como expresiones de una especie de libertad frente al derecho procesal»[49].

Estas y otras reservas críticas han saltado a la palestra a raíz de varias sentencias recientes en las que el juez constitucional —este es el *leitmotiv que* subyace en muchos comentarios— ha sobrepasado supuestamente de forma indebida los límites del proceso constitucional por motivos relacionados con el fondo de la controversia decidida.

5. EJEMPLOS TRAÍDOS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Una de las piedras angulares del sistema mixto de justicia constitucional italiana es que la norma constitucional prevé los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una ley o acto equivalente, sustrayéndola tanto al ámbito del legislador ordinario como al del Tribunal. En línea con los postulados del modelo kelseniano, el artículo 136 de la Constitución establece que la norma declarada inconstitucional «deja de surtir efectos a partir del día siguiente al de la publicación de su resolución». Este efecto *pro futuro* va también acompañado de un efecto parcialmente *retroactivo* conectado con el mecanismo de la incidentalidad previsto por una ley constitucional (la decisión sobre una cuestión planteada «en el curso de un proceso» debe poder producir efectos en el mismo)[50] y expresamente previsto, en una función integradora-explicativa de la disciplina constitucional, por el artículo 30.3 de la Ley 87/1953, según el cual las «normas declaradas inconstitucionales no podrán aplicarse desde el día siguiente a la publicación de la sentencia» (con excepción de los relaciones agotadas)[51].

Este régimen ha animado el debate sobre la naturaleza de la actividad de la Corte desde sus inicios[52], y ha seguido siendo la manzana de la discordia hasta nuestros días, como consecuencia de la elaboración omnicomprensiva de un rico arsenal de tipologías decisorias a las que el Tribunal recurre cuando —como sucede con mucha frecuencia— la alternativa entre

49. PIZZORUSSO, Alessandro, «Prefazione» a ROMBOLI, Roberto (ed.), *La giustizia costituzionale a una svolta*, cit., p. 7.
50. Artículo 1, Ley const. 1/1948, de 9 de febrero, Normas sobre juicios de legitimidad constitucional y garantías de independencia del Tribunal Constitucional.
51. El párrafo cuarto añade: «Cuando se haya dictado una sentencia condenatoria irrevocable en aplicación de la norma declarada inconstitucional, cesará su ejecución y todos sus efectos penales».
52. Para las referencias pertinentes, véase PANZERA, Claudio, «Interpretare Manipolare Combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale», ESI, Nápoles, 2013, pp. 46 y ss.

decisiones de mera aceptación y de mero rechazo es incapaz de satisfacer las complejas exigencias de «hacer justicia constitucional»[53].

Uno de los aspectos más delicados y controvertidos se refiere a cómo obviar el silencio de las fuentes actuales sobre la posibilidad de *graduar* en el tiempo la eficacia de la anulación de la norma ilegítima, cuyo «impacto» en el sistema podría tener consecuencias perjudiciales para el mismo y generar inconstitucionalidades más graves. La modulación de los efectos temporales de las sentencias del Tribunal ha encontrado diversas formas de concreción, tanto en el pasado como en el futuro, hasta el punto de convertirse en un *topos* recurrente —casi un clásico— en los estudios italianos sobre justicia constitucional[54].

Existe, sin embargo, un doble límite a las manipulaciones del juez constitucional: la prohibición absoluta de *ultra actividad* de la norma declarada ilegítima, derivada directamente del artículo 136, y la necesidad de su inaplicación en el proceso de la que emana la cuestión, derivada del carácter *incidental* del juicio constitucional (Ley const. 1/1948). Esta segunda limitación, a diferencia de la otra, es sin embargo sólo tendencial y, como se verá, no realmente insuperable.

El primer límite fue, si se me permite la expresión, «estirado» en la Sentencia 13/2004, en materia de servicios escolares, que declaró ilegítima una disposición de una ley estatal que invadía competencias autonómicas «en

53. Véase por todos SILVESTRI, Gaetano, «Del rendere giustizia costituzionale», *Questione giustizia*, núm. 4, diciembre de 2020, pp. 24 y ss. Para una visión actualizada de las tipologías decisionales de la Corte italiana, véase, por ejemplo, RUGGERI, Antonio y SPADARO, Antonino, «Lineamenti di giustizia costituzionale», cit., pp. 173 y ss. (ibíd. bibl. adicional).

54. Véanse al menos: «Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere», Giuffrè, Milán, 1989; D'AMICO, Marilisa, «Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità», Giuffrè, Milán, 1993; PINARDI, Roberto, «La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità», Giuffrè, Milán, 1993 [tema sobre el que el Autor ha vuelto en escritos posteriores, entre ellos «L'*horror vacui* nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore», Giuffrè, Milán, 2007 y «Governare il tempo (e i suoi effetti). Le sentenze di accoglimento nella più recente giurisprudenza costituzionale», *Quaderni costituzionali*, núm. 1, marzo de 2022, pp. 43 y ss.]; POLITI, Fabrizio, «Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale», Cedam, Padua, 1997; RUOTOLO, Marco, «La dimensione temporale dell'invalidità della legge», Cedam, Padua, 2000; BUTTURINI, Daniele y NICOLINI, Matteo (ed.), «Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. Percorsi di diritto costituzionale interno e comparato», ESI, Nápoles, 2014; FIANO, Nannerel, «Il fattore "tempo" nella giustizia costituzionale», II ed., Franco Angeli, Milán, 2023.

la parte en que no disponía que» lo previsto en ella «dejaría de aplicarse cuando las Regiones, en su propio ámbito territorial y respecto de la continuidad del servicio educativo» hubieran adoptado la normativa de su competencia. La peculiaridad del pronunciamiento radica en que la modulación de los efectos temporales se persigue mediante una manipulación inédita del texto de la ley, consistente en la adición de una «cláusula de flexibilidad» que sirve para prolongar la eficacia de la norma estatal ilegítima reelaborada por el Tribunal como disposición supletoria hasta que entre en vigor la legislación regional competente. En una línea similar, la más reciente Sentencia 41/2021, sobre la reforma de la magistratura honoraria, pospuso al futuro la pérdida de eficacia de la legislación declarada ilegítima, degradada a una disciplina transitoria mediante la inserción de una cláusula de validez «temporal» (hasta la reorganización legislativa de la materia).

En estos ejemplos, el límite del artículo 136 de la Constitución se observa formalmente, pero se elude con cierta elegancia. Causó mucho más revuelo, sin embargo, el Auto 207/2018 con el que la Corte, tras constatar la inconstitucionalidad de la norma impugnada (relativa al delito de ayuda e inducción al suicidio de personas aquejadas de una patología irreversible, causante de sufrimientos intolerables, y dependientes de tratamiento de soporte vital que han expresado la decisión libre y consciente de poner fin a su propia vida) no la declaró inmediatamente ilegítima ni la declaró inadmisible por falta de soluciones constitucionalmente obligatorias[55], sino que ordenó —por primera vez en su jurisprudencia— el *aplazamiento de la vista a una fecha fija*, dando al legislador un año para encontrar una solución razonable al problema[56].

Lo que, según la previsión de muchos[57], debía ser una elección excepcional e irrepetible vinculada a la tipicidad absoluta del asunto de fondo subyacente a la sentencia, se ha consolidado en cambio como una herra-

55. Como en los no infrecuentes casos de la llamada «inconstitucionalidad constatada pero no declarada», estigmatizados en doctrina como soluciones meramente aparentes de la cuestión (véanse para todos los escritos de PINARDI citados en la nota 54, esp. «La Corte, i giudici ed il legislatore», pp. 71 y ss.).

56. En la reanudación del procedimiento, constatando la inercia parlamentaria, el Tribunal procedió a declarar la ilegalidad de la norma impugnada con un dispositivo muy detallado: Sentencia 242/2019.

57. Entre otros, GROSSO, Enrico, «Il "rinvio a data fissa" nell'ordinanza 207/2018», cit., pp. 543 y 561. Casi no hace falta decir que, debido a la naturaleza absolutamente inédita de la técnica introducida, la decisión ha sido ampliamente analizada por los estudiosos: por ejemplo, sólo en la página de *Consulta Online que* alberga la decisión hay 46 comentarios (https://giurcost.org/decisioni/2018/0207o-18.html?titolo=Ordinanza%20n.%20207).

mienta firmemente asentada en la caja de herramientas del Tribunal, que ha recurrido a ella en dos ocasiones más en los años siguientes[58].

Aunque se presenta como una técnica marcada por el diálogo con el legislador, al que se ofrece —en una perspectiva de «leal colaboración institucional»[59]— la posibilidad de tener la «primera palabra» sobre la cuestión a resolver en un plazo razonable, queda en el trasfondo el nudo teórico de la tensión entre la inconstitucionalidad «anticipada» en el auto de remisión y el aplazamiento de sus efectos a una fecha posterior. Aquí tampoco hay violación abierta del artículo 136 (la parte dispositiva no dice nada, aplazando la decisión), sino intolerancia —esta sí— por la falta de actualización de las normas sobre las facultades decisorias del Tribunal, compensada con un uso pragmático e inteligentemente creativo, para algunos incluso demasiado audaz, de los instrumentos procesales a su disposición[60].

También en relación con el segundo límite —la *retroactividad* general de la anulación— el Tribunal ha chocado a lo largo de los años con la rigidez del modelo normativo previsto, viéndose obligado en algunos casos a «contraer» la pérdida de eficacia hacia atrás en el tiempo con el fin de salvaguardar intereses constitucionales concomitantes, como el equilibrio presupuestario en el caso de las llamadas sentencias «de gasto»[61], la continui-

58. Autos 132/2020 (sobre el delito de difamación agravada en la prensa) y 97/2021 (sobre la cadena perpetua hostil; aplazamiento prorrogado posteriormente por l'Auto 122/2022).

59. En estos términos defendió la nueva técnica decisoria la entonces Presidenta de la Corte CARTABIA, Marta, en su «Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019», en www.cortecostituzionale.it, 28 de abril de 2020, pp. 10 y ss. En una línea similar, SILVESTRI, Gaetano, «Del rendere giustizia costituzionale», cit., p. 32, hablaba de una «*judicial deference* temporal». Más en general sobre el tema, véanse ahora las contribuciones recogidas en «Corte e legislatore: tra moniti, rinvii e collaborazione», Giuffrè, Milán, 2024.

60. Desde hace tiempo la doctrina apunta a la racionalización normativa de las técnicas decisorias la Corte como la principal vía para resolver la mayor parte de los problemas relativos al *output* de sus pronunciamientos, como ya ocurre en otros ordenamientos jurídicos. No han faltado a lo largo de los años algunos tímidos intentos de reforma, pero sin éxito: en este punto, me remito por brevedad a las consideraciones ya realizadas en PANZERA, Claudio, «Sugli attuali limiti delle tecniche decisorie delle Corti costituzionali. Alcune proposte», *Revista general de derecho público comparado*, núm. 23, junio de 2018, pp. 1 y ss.

61. Como es bien sabido, se trata de decisiones que, con el fin de actualizar el principio de igualdad, amplían el círculo de beneficiarios de un derecho a prestaciones, restringido injustificadamente por el legislador, y que, por tanto, tienden a incidir significativamente en la estrechez de las cuentas públicas (por ejemplo, las Sentencias 501/1988, 1/1991, 178/2015, 152/2020). En el amplio debate sobre este punto, véase al menos «Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione», Giuffrè, Milán, 1993.

dad de la actuación administrativa o de los servicios y financiación prestados en el caso de decisiones estatales no acordadas con las regiones[62], la eficiencia de la administración de justicia en el caso de intervenciones sobre la constitución de los tribunales o sobre la conformación del proceso[63]. Al final de la ponderación entre los principios en juego, la Corte optó, por tanto, por *posponer* los efectos de la inconstitucional respecto al momento de su surgimiento, con un lógico desplazamiento justificado precisamente por la necesidad de preservar un equilibrio armónico entre derechos e intereses constitucionalmente protegidos[64].

La «teorización» de este *modus operandi*, que tantas veces ha permanecido bajo el radar de la jurisprudencia de la Corte, fue planteada explícitamente por primera vez por la Sentencia 10/2015, que declaró ilegítimo con efectos *ex nunc* el incremento del impuesto sobre la renta de las empresas del sector petrolero previsto por el legislador para compensar los «sobre beneficios» que habían obtenido por el aumento del precio de las materias primas durante la grave crisis económica de aquellos años. Para justificar la no retroactividad, la Corte declaró:

(a) entra en sus competencias «modular sus decisiones, también en términos temporales, para garantizar que la afirmación de un principio constitucional no conduzca al sacrificio de otro»;

(b) le corresponde identificar los principios de rango constitucional que, en la ponderación, pueden limitar ocasionalmente la retroactividad general de las decisiones confirmatorias (como ocurre, por opción legislativa, con la salvaguardia de las relaciones agotadas);

(c) que tal facultad no entra en conflicto con el carácter incidental del proceso, dado, entre otras cosas, que «los intereses del demandante quedan en todo caso parcialmente satisfechos con la supresión, aunque sólo sea *pro futuro*, de la disposición constitucionalmente ilegal»;

(d) que las excepciones al principio deben circunscribirse a los límites de la «necesidad imperiosa de proteger uno o varios principios

62. Por ejemplo, Sentencias 13/2004, 188/2016, 71 y 74/2018, 246/2019.
63. Véanse las Sentencias 266/1988 y 50/1989, a las que puede añadirse la Sentencia 41/2021 antes citada.
64. Sobre la llamada inconstitucionalidad «diferida», con diversos ejemplos, véase de nuevo PINARDI, Roberto, «La Corte, i giudici e il legislatore», cit., pp. 53 y ss.; RUGGERI, Antonio y SPADARO, Antonino, «Lineamenti di giustizia costituzionale», cit., p. 255.

constitucionales», que de otro modo se verían injustamente comprometidos, y a la «estricta proporcionalidad» de la intervención.

Se trata, como se deduce del tono «doctrinal» del razonamiento, de una explícita asunción de responsabilidad por parte de la Corte frente a su auditorio (institucional, especializado y general) en relación con el uso pragmático de los cánones procesales que gobiernan la eficacia de la declaración de inconstitucionalidad. El juez constitucional, esta vez, «da la cara» y se expone, suscitando críticas —que no faltarían en cualquier caso sobre la técnica empleada— también por haber intentado (comprensiblemente) dar una fundamentación teórica a lo que viene haciendo en la práctica desde hace años[65].

Como lo demuestran los precedentes citados por la decisión, y los demás referidos a lo largo de este trabajo[66], las excepciones a la retroactividad de las decisiones confirmatorias no son tan extrañas y atestiguan el hecho de que según el derecho constitucional «vivo» —compartible o no la interpretación de la Corte— este carácter no constituye un elemento necesario e indefectible de la declaración de inconstitucionalidad, sino un factor interno de las operaciones de ponderación que en dicha tienen lugar.

Efectiva sólo *ex nunc* es otra decisión histórica, la Sentencia 1/2014, también ampliamente comentada por la doctrina[67], en la que la Corte intervino sobre el sistema electoral para las elecciones parlamentarias nacionales, especificando que la declaración de ilegitimidad habría producido efectos «exclusivamente en el caso de una nueva consulta electoral», salvaguardando así los «resultados de las elecciones celebradas y los actos adoptados por el Parlamento elegido»[68]. Aquí, sin embargo, se apunta para otra impor-

65. Sin embargo, no han faltado comentarios positivos sobre la decisión: para el debate, véanse los escritos publicados en *Quaderni costituzionali*, núm. 3, septiembre de 2015, pp. 575 y ss. y los 39 comentarios en *Consulta Online*, correspondientes a la decisión (https://giurcost.org/decisioni/2015/0010s-15.html).

66. Véanse las notas 61-63.

67. 40 únicamente los comentarios recogidos en *Consulta Online* (https://giurcost.org/decisioni/2014/0001s-14.html?titolo=Sentenza%20n.%201). Para un examen detallado y completo del caso en todos sus supuestos e implicaciones, pueden consultarse las agudas reflexiones de RAUTI, Alessio, «I sistemi elettorali dopo la sentenza costituzionale n. 1 del 2014. Problemi e prospettive», ESI, Nápoles, 2014, pp. 33 y ss.

68. Se considera a todos los efectos «un hecho concluido» con la proclamación de los miembros electos. El argumento es, sin embargo, poco convincente desde el punto de vista jurídico, ya que es en una fase posterior, es decir, con la conclusión de la verificación de las elecciones (procedimiento que compete a cada Cámara: artículo 66 de la Constitución), cuando puede decirse que se «agota» la situación a la que es aplicable la ley anulada.

tante relativización —esta vez «entrante»— de los cánones procesales del proceso incidental, en particular su dual carácter *incidental-prejudicial*[69].

Nos referimos a la necesaria diversidad del objeto del juicio constitucional (*ad quem*) con respecto al juicio principal (*a quo*), sin la cual el planteamiento de la cuestión de legitimidad sustituiría a una hipótesis de «recurso individual directo» ante la Corte, que no está prevista en el modelo italiano de justicia constitucional. En el presente caso, el procedimiento principal se refería a la comprobación del alcance del derecho de voto del demandante, supuestamente vulnerado por la legislación vigente, y ello se superponía en sustancia con el *petitum* dirigido a la Corte (la declaración de la ilegitimidad de la ley en cuanto que vulneraba el derecho de voto): ello debería haber dado lugar, según la defensa de la Fiscalía del Estado y numerosos autores, a la inadmisibilidad de la cuestión. En lugar de ello, la Corte sorteó el obstáculo, negando que «la constatación solicitada a la Corte [fuera] totalmente absorbida por la sentencia, ya que subsistía la verificación de las demás condiciones de las que la ley hace depender el reconocimiento del derecho de voto».

En efecto, pesan sobre la decisión de la Corte consideraciones de carácter sustantivo sobre «la relevancia constitucional» del derecho afectado y la necesidad de asegurar su protección frente al perjuicio generado por la incertidumbre sobre el alcance atribuible a las disposiciones de la ley electoral «con independencia de los actos que la apliquen», y preocupaciones de carácter institucional por la necesidad de no sustraer a su control leyes «que serían más difíciles de someterse al mismo por otras vías», para evitar la creación de «zonas francas» en el control de constitucionalidad, «precisamente en un ámbito estrechamente conectado con el orden democrático». Tanto es así que, en ocasiones posteriores, la Corte frenó los intentos de trasladar el mismo razonamiento a otras leyes electorales para las que no había especiales dificultades para plantear la *quaestio* a los jueces ordinario[70], mientras que lo ha mantenido en las nuevas normas para las elecciones parlamentarias nacionales, aunque éstas aún no se hubieran aplicado[71].

69. Para un examen actualizado del tema, véase REPETTO, Giorgio, «Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi», Editoriale Scientifica, Nápoles, 2017, especialmente, pp. 17 y ss. para una aclaración sobre las nociones a menudo entrelazadas de «incidentalidad», «prejudicialidad» y «relevancia» de la cuestión de constitucionalidad.

70. Sentencia 110/2015 y Auto 165/2016, sobre el tema de las elecciones europeas; pero véase también la Sentencia 275/2014 sobre la regulación de las elecciones locales.

71. Sentencia 35/2017. La jurisprudencia posterior parece, en efecto, valorar el peligro de la «zona franca» como requisito autónomo y suficiente para el establecimiento de un juicio de legitimidad a partir de una acción de comprobación: véase, por ejemplo, la

A través de una interpretación elástica de sus condiciones procesales, la Corte ofrece una reconstrucción innovadora del acceso incidental que, bajo el «prisma» de la acción de verificación, casi parecería reflejar a contraluz el prototipo de las formas de recurso directo conocidas en otros sistemas de justicia constitucional. Si estamos ante una desnaturalización del modelo o de su simple adaptación a la dinámica actual de la revisión de las leyes (que, en consonancia con su finalidad, debe tender a proteger los derechos constitucionales incluso *antes de que* la ley —que, en todo caso, ha devenido aplicable con su entrada en vigor— los vulnere efectivamente)[72] es una cuestión que se mantendrá discutida en el tiempo.

6. EN CONCLUSIÓN

La evolución de las últimas décadas, esto es innegable, atestigua una implicación más intensa de la Corte en el proceso de realización de los valores constitucionales, lo que tiende a relativizar la separación entre *aplicación* (típicamente judicial) e *implementación* (típicamente política) de la Constitución.

La preponderancia de principios y normas programáticas confinaría a la Constitución al cielo de las abstracciones jurídicas si la «trascendencia» necesaria para dotar al ordenamiento positivo de un fundamento ético-social no se viera compensada por mecanismos dirigidos a garantizar la «inmanencia» de la Constitución en el sistema[73]. Para algunos, esta segunda tarea correspondería exclusivamente a la órbita del poder legislativo y de los poderes de dirección política[74]; para otros, sin embargo, sería también

---

Sentencia 240/2021, anotada por PADULA, Carlo, «Azioni di accertamento, questioni incidentali di legittimità costituzionale e zona franca», *Forum di Quaderni costituzionali – Rassegna* (www.forumcostituzionale.it), núm. 2, 4 de julio de 2022, pp. 135 y ss., a la que se remite para una reconstrucción de la jurisprudencia pertinente.

72. Para este encuadramiento de la acción de comprobación en el contexto del juicio de constitucionalidad, véase D'AMICO, Giacomo, «Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale», Editoriale Scientifica, Nápoles, 2018, pp. 136 y ss.

73. Sobre la dialéctica entre inmanencia y trascendencia de la Constitución en relación con las funciones de la justicia constitucional, véase MEZZANOTTE, Carlo, «Corte costituzionale e legittimazione politica», cit., esp. pp. 134 y ss.

74. Sobre la vigencia de la distinción entre aplicación judicial y política de la Constitución, véase, por ejemplo, LUCIANI, Massimo, «Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione republicana», *Rivista AIC*, núm. 1, 1 de marzo de 2013, pp. 5 y ss., del que véase ahora ID, «Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri», Giuffrè, Milán, 2023, pp. 153 y ss. Del mismo modo, en defensa explícita de una debida *modestia judicial*, ZANON, Nicolò, «Pluralismo dei valori e unità del diritto», *Quaderni costituzionali*, núm. 4, diciembre de 2015, pp. 919 y ss.; *id.*, «I rapporti

responsabilidad de la Corte Constitucional y, en distinta medida, del poder judicial, como sujetos que comparten la función de garantizar, en la mayor medida posible, el respeto de la «macro legalidad» constitucional, respecto de la cual incluso una actitud culpablemente inerte del poder legislativo sería calificada como ilegítima[75].

Las directrices teóricas divergentes y los enfoques prescriptivos y descriptivos que animan el debate sobre el papel de la justicia constitucional en los sistemas democrático-representativos desbordan por completo la cuestión del poder de la Corte Constitucional para conformar —por vía de regulación autónoma y a través de pronunciamientos individuales y usos establecidos— las instituciones de su proceso; tema que representa una vertiente específica de ese gran debate.

---

tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali», *Federalismi.it*, núm. 3, 27 de enero de 2021, pp. 86 y ss. Para una investigación erudita sobre las muchas «caras» de la *modesty* de los Tribunales Constitucionales, véase MASSA, Michele, «Minimalismo giudiziario. L'opzione per la moderazione nella giurisprudenza costituzionale», Franco Angeli, Milán, 2023, con referencias apropiadas también a la «gestión» del proceso constitucional (pp. 242 ss.). Incluso aquellos que reconocen que la Corte tiene un papel intrínsecamente «político» (en la medida en que «política» es la materia regulada por el objeto garantizado: la Constitución) creen que la jurisprudencia de los últimos tiempos ha cruzado la línea, convirtiéndose en protagonista de invasiones en el ámbito de la aplicación de la Constitución que es dominio exclusivo de los órganos de gobierno. Cf. MORRONE, Andrea, «Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale», *Quaderni costituzionali*, núm. 2, junio de 2019, pp. 251 y ss., sobre el que, sin embargo, véanse las reflexiones críticas de BIN, Roberto, «Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone» y CHELI, Enzo, «Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone», *Quaderni costituzionali*, núm. 4, diciembre de 2019, pp. 757 ss. y pp. 777 ss. respectivamente. El Autor del polémico escrito continuó el debate en «Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione», *Federalismi.it*, núm. 12, 5 de mayo de 2021, pp.170 y ss. y de nuevo más recientemente en «Corte costituzionale: fattore condizionante o elemento strutturale?», *Rivista AIC*, núm. 3, 10 de septiembre de 2024, pp. 186 y ss.

75. En estos términos, SILVESTRI, Gaetano, «Del rendere giustizia costituzionale», cit., pp. 28 y ss., pero ya en diversos escritos anteriores, entre ellos «La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo», cit., pp. 99 y ss., 103 y ss. y 127-133. Véase también SPADARO, Antonino, más recientemente en «Involuzione — o evolutione? — del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)», *Rivista AIC*, núm. 2, 12 de abril de 2023, pp. 103 y ss. y RUOTOLO, Marco, «Corte costituzionale e legislatore», *Diritto e società*, núm. 1, marzo de 2020, pp. 53 y ss. El problema de los remedios a las omisiones inconstitucionales del legislador es un tema clásico del debate italiano desde hace medio siglo: entre las investigaciones más recientes, a las que remitimos también para las oportunas referencias bibliográficas, véase PATERNITI, Francesco, «Le omissioni del legislatore. Profili, problemi, prospettive», Editoriale Scientifica, Nápoles, 2023.

Puede decirse que el «derecho procesal constitucional» recoge anticipadamente, registrándolas con la sensibilidad de un sismógrafo, las oscilaciones de la jurisprudencia constitucional entre los extremos de la pura jurisdicción y la pura legislación, con los que no debe confundirse. La búsqueda de una solución que no se contente con ser formalmente intachable, sino que se preocupe por satisfacer las exigencias de justicia sustantiva a las que siempre debe tender la práctica del Derecho[76], hace ciertamente móvil y «resbaladiza» la línea divisoria entre el uso legítimo y el abuso del Derecho procesal.

Dada por sentada la posición «fronteriza» del juez constitucional, quizá cabría distinguir entre límites absolutos debidos a la *falta de poder* y límites relativos atribuibles a la *falta de instrumentos procesales* específicos respecto de poderes que pueden ejercerse en abstracto. Mientras que los primeros serían siempre infranqueables, los segundos podrían rebasarse en determinadas circunstancias, si las decisiones se motivan adecuadamente y siempre que no tenga por objeto el ejercicio de una potestad que la Constitución claramente no le otorga[77]. La distinción no siempre es fácil, y debería realizarse teniendo en cuenta el carácter «dinámico» de las funciones reguladas, es decir, su aptitud para expandirse en algunas fases y retraerse en otras atendiendo al contexto social e institucional en el que se desarrolla, y según una ductilidad característica de los órganos de garantía (así es también en el caso del Presidente de la República).

76. Insiste particularmente sobre este punto SILVESTRI, Gaetano, «Del rendere giustizia costituzionale», cit., cuando, afirma que «las páginas de las sentencias "heréticas" aparecen impregnadas de un anhelo de "justicia", no la inmortal y trascendente del naturalismo religioso ni la esculpida en el corazón humano de la Ilustración secular, sino la ligada al sentido de solidaridad hacia toda persona humana, cuya existencia social se identifica con la dignidad» (p. 35).

77. Hice esta sugerencia en un trabajo anterior, al que me remito para más detalles: PANZERA, Claudio, «Esercizio sussidiario dei poteri processuali e discrezionalità legislativa nella recente giurisprudenza costituzionale», *Foro italiano*, p.te V, núm. 3, marzo de 2020, pp. 127 y ss.

Capítulo 8

Derecho procesal constitucional y sistema institucional en Italia: ¿una cuestión (solo) jurisprudencial?

Paolo Zicchittu
Profesor Asociado de Derecho Constitucional
Universidad de Milán-Bicocca

SUMARIO: 1. LO QUE ESTÁ EN JUEGO. 2. LAS CONCLUSIONES DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE. 3. EL CARÁCTER JURISDICCIONAL DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. 4. EL PRINCIPIO DE INCIDENTALIDAD COMO «RASGO DISTINTIVO» DEL PROCESO CONSTITUCIONAL. 5. LAS PRIMERAS VARIANTES JURISPRUDENCIALES. 6. LA CASUÍSTICA MÁS RECIENTE. *6.1. La legislación electoral: relevancia y «zonas francas» del control de constitucionalidad. 6.2. La ilegitimidad constitucional declarada pero no eliminada. 6.3. Equilibrio presupuestario y efectos temporales de las sentencias que admiten la inconstitucionalidad. 6.4. Las hipótesis de inconstitucionalidad diferida. 6.5. La prisión permanente revisable.* 6.5.1. La inadmisibilidad «con término». 6.5.2. La «doble» prórroga. 7. EL VALOR ORDINAMENTAL DE LAS REGLAS PROCESALES. 8. ALGUNAS OBSERVACIONES FINALES.

1. LO QUE ESTÁ EN JUEGO

En esta particular coyuntura histórica, volver a reflexionar sobre la existencia, la autonomía conceptual y la efectividad vinculante del derecho procesal constitucional en Italia implica cuestionarse, mediante un enfoque inductivo, los desarrollos concretos y las posibles evoluciones de la forma

de Estado y de gobierno en los sistemas democráticos contemporáneos[1]. Sin embargo, a lo largo del período republicano, se ha registrado cada vez con más frecuencia la tendencia a considerar las fórmulas y rituales del juicio incidental como vacíos formalismos, una especie de obstáculo normativo para la consecución de los intereses sustantivos subyacentes al caso en cuestión, más que como un elemento básico sobre el que fundamentar la función y la legitimación de la Corte dentro del ordenamiento, detrás del cual se oculta también una concepción clara de la Constitución y de los roles institucionales[2].

Si se examina la abundante casuística jurisprudencial relativa al tema, de hecho, se puede constatar fácilmente cómo el Tribunal Constitucional italiano ha ideado repetidamente técnicas decisorias cada vez más refinadas para apartarse de sus propios esquemas procesales, pronunciándose así en torno a la discrecionalidad del legislador[3]. Esta tendencia judicial ha sido

1. Para un encuadre del tema, se señalan, entre los escritos más recientes R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima «politica» e quella «giurisdizionale». Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in *Rivista AIC*, 3/2017, pp. 1 ss.; A. RUGGERI, *La Corte costituzionale e il processo incidentale tra regole e regolarità*, en *Quaderni costituzionali*, 2/2022, pp. 325 ss.; R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2017; F. BIONDI, *Il processo costituzionale*, in *Questione giustizia*, 4/2020, pp. 114 ss.; R. PINARDI, *La Corte e il suo processo: alcune preoccupate riflessioni su un tema di rinnovato interesse*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/2019, pp. 1897 ss.

2. Cf. C. MEZZANOTTE, *Processo costituzionale e forma di governo*, in G. CATTARINO (a cura di), *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 novembre 1989*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 63 ss.; R. ROMBOLI, *La Corte costituzionale e il suo processo*, in *Foro italiano*, 1/1995, pp. 1090 ss.; E. CATELANI, *La determinazione della questione di legittimità costituzionale nel giudizio incidentale*, Milano, Giuffrè, 1993 p. 338 ss.; G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli, ESI, 2017, pp. 275 ss.; A. CERRI, *Note in tema di giustizia costituzionale*, in *Foro italiano*, 1/1995, 1082 ss.

3. Ejemplarmente, A. SPADARO, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, in *Rivista AIC*, 2/2023, pp. 104 ss.; A. MORELLI, *Il ruolo e le funzioni della Corte costituzionale nella dinamica dell'ordinamento democratico*, in A. RUGGERI (a cura di), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, pp. 434 ss.; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2019, pp. 251 ss.; D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2020, pp. 27 ss.; N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, 3/2021, pp. 86 ss.; nonché M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e legislatore*, in *Diritto e società*, 1/2020, pp. 53 ss.; A. RUGGERI, *Introduzione ai lavori*, in E. BINDI – M. PERINI – A. PISANESCHI (a cura di), *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale. Atti del convegno annuale svoltosi a Siena il 8-9 giugno 2007*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 8 ss.

sin duda facilitada por diversos factores, entre los que destacan la dificultad de las Cámaras para regular, de manera exhaustiva, ámbitos marcadamente complejos y la escasa receptividad del circuito parlamentario para legislar en materias particularmente sensibles, además de la voluntad del juez de las leyes de pronunciarse antes que las Cortes supranacionales, con el fin de evitar lo que ha sido descrito en múltiples ocasiones como una «*fuga de la jurisdicción constitucional*» por parte de los jueces ordinarios[4].

En este contexto, los cánones del juicio constitucional han experimentado una constante estratificación y reelaboraciones sucesivas, orientadas a dotar a la Corte de los instrumentos procesales necesarios para actuar en función de suplencia frente a un legislador progresivamente deslegitimado y a menudo inerte. Además, las normas del control de constitucionalidad se prestan estructuralmente a aplicaciones creativas, dado que las coordenadas normativas de referencia ofrecen al juez de las leyes —y, en general, al intérprete— diversas hipótesis reconstructivas, dependiendo del enfoque elegido[5].

Sin duda, el Tribunal Constitucional italiano ha mostrado siempre atención a evaluar las implicaciones político-institucionales derivadas de sus pronunciamientos, especialmente aquellos relacionados con los temas más delicados, en los que la confrontación entre las distintas fuerzas partidarias ha sido particularmente intensa, sopesando con cuidado cada posible consecuencia[6]. Se trata de evaluaciones fisiológicas, inherentes a las operaciones hermenéuticas que la Constitución normalmente confía a la Corte y que no valen, por sí mismas, para configurar «excesos de poder». Es completamente natural que una disposición legislativa, cuya incompatibilidad con

4. Entre las numerosísimas contribuciones, T. GROPPI, *Il ri-accentramento nell'epoca della ri-centralizzazione. Recenti tendenze dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in *Federalismi.it*, 3/2021, pp. 128 ss.; N. ZANON, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2015, pp. 919 ss.; M. LUCIANI, *Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)*, in *Politica del diritto*, 1/1998, pp. 365 ss.; A. PUGIOTTO, *Dalla «porta stretta» alla «fuga» dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2016, pp. 149 ss.; E. OLIVITO, *L'eccezione che conferma la regola: le azioni di mero accertamento di diritti costituzionali e l'incidentalità costituzionale come misura*, in *Diritto e società*, 2/2019, pp. 221 ss.

5. R. CAPONI, *Autonomia del processo costituzionale: note preliminari*, in *www.forumcostituzionale.it*, 3/2010, p. 1 ss.; R. ROMBOLI, *Diritti fondamentali, tecniche di giudizio e valore delle disposizioni processuali*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1994, pp. 151 ss.; A. RUGGERI, *Alla ricerca dell'identità del diritto processuale costituzionale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 3/2009, pp. 1 ss.

6. A. PIZZORUSSO, *Uso e abuso del diritto processuale costituzionale*, in M. BESSONE (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 133 ss.; G. BOGNETTI,

la Constitución haya sido establecida, sea posteriormente declarada válida para proteger otras necesidades del ordenamiento que quedarían desprotegidas si se procediera a la anulación de la norma impugnada o que un principio constitucional sea sometido a una modulación sustancial para garantizar el equilibrio del sistema[7].

No obstante, es necesario determinar si y en qué medida la búsqueda de estas síntesis óptimas puede derogar de manera duradera los cánones procesales, cediendo, eventualmente, a conveniencias ocasionales, o si, por el contrario, debe respetar con escrupulosidad las reglas del juicio. En otras palabras, para aclarar el carácter y la legitimación de la Corte, es preciso establecer si el respeto a las normas sobre el proceso incidental debe considerarse un valor «interno» o «externo» a la labor de balance que se confía al juez de las leyes y, por ende, si el cumplimiento de las disposiciones que regulan el juicio ante el Tribunal puede ser eventualmente conciliado con otras necesidades[8].

Con el fin de estimar plenamente el impacto normativo de esta práctica judicial, resulta útil, en primer lugar, reconstruir analíticamente, desde una perspectiva diacrónica, el tejido normativo de referencia, de manera que se

---

La Corte costituzionale tra procedura e politica, in in G. CATTARINO (a cura di), *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 novembre 1989*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 221 ss.; P. COSTANZO, *Corte costituzionale e forma di governo nella svolta del millennio (appunti per una discussione)*, in R. BALDUZZI – M. CAVINO – J. LUTHER (a cura di), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la «svolta». Atti del Seminario (Stresa, 12 novembre 2010)*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 203 ss.

7. Lo que importa es que la solución, ofrecida en cada caso, se presente siempre como la mejor posible, para que la Constitución pueda realizarse magis ut valeat. Así, por ejemplo, G. SILVESTRI, *Dal potere ai princìpi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, Laterza, 2009, pp. 35 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, Il Mulino, 2008, pp. 205 ss.; S. PANUNZIO, *Qualche riflessione sull'elasticità delle regole procedurali nel processo costituzionale*, in G. CATTARINO (a cura di), *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 novembre 1989*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 259-261; A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali II, 2008, pp. 198 ss.; pp. 259 ss.; *passim* G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2010.

8. R. ROMBOLI, *Significati e valore delle disposizioni regolanti il processo davanti alla Corte costituzionale nei più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni dell'Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, 2/2002, pp. 41 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Diritto processuale costituzionale?*, in G. CATTARINO (a cura di), *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 novembre 1989*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 105 ss.; C. TRIPODINA, *Il «potere politico» della Corte costituzionale e i suoi limiti*, in R. BALDUZZI – M. CAVINO – J. LUTHER (a cura di), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la «svolta». Atti del Seminario (Stresa, 12 novembre 2010)*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 1 ss.

pueda identificar un parámetro seguro a partir del cual reconocer las diversas tendencias aplicativas seguidas por el juez constitucional y, por lo tanto, medir eventuales desviaciones respecto del modelo.

2. LAS CONCLUSIONES DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE

En la historia constitucional italiana, la hipostatización del juicio en vía incidental como un auténtico proceso ha sido objeto de un debate constante entre los comentaristas, especialmente debido a la peculiar posición de la Corte dentro de la organización del Estado y del gobierno. Los aspectos procedimentales del control de constitucionalidad han tenido que enfrentarse inevitablemente con la evaluación preliminar que el Tribunal Constitucional debe realizar en virtud de su propia estructura tanto en relación con el impacto de sus decisiones en los equilibrios interinstitucionales como en lo que respecta a la conciliación de los derechos individuales, siguiendo criterios de razonabilidad y proporcionalidad[9].

Esta evaluación ha involucrado los mismos institutos característicos de la justicia constitucional, los cuales, especialmente cuando se relacionan con el alcance de los preceptos normativos de referencia, han sido repetidamente rediseñados y utilizados de manera creativa por la propia Corte para satisfacer necesidades contingentes. De este modo, el derecho procesal constitucional ha comenzado a desarrollarse de manera bastante fluida y tendencialmente variable, en ocasiones atendiendo a intereses superiores y trascendentales derivados de la necesidad de garantizar la constitucionalidad global del ordenamiento, y en otras privilegiando las necesidades concretas que surgen en el proceso *a quo*[10].

Inusualmente, el debate llevado a cabo en la Asamblea Constituyente y el análisis de los trabajos preparatorios no nos proporcionan elementos

9. En este sentido, léanse R. ROMBOLI, *Il diritto processuale costituzionale dopo la svolta degli anni 1987-1989*, in R. BALDUZZI – M. CAVINO – J. LUTHER (a cura di), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta. Atti del seminario svoltosi a Stresa il 12 novembre 2010*, Torino, 2011, pp. 319-320; F. SORRENTINO, *Relazione conclusiva*, in V. TONDI DELLA MURA – M. CARDUCCI – R. G. RODIO (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica. Atti del Convegno annuale dell'Associazione di diritto costituzionale «Gruppo di Pisa», svoltosi a Otranto (Lecce) il 4-5 giungo 2004*, Torino, Giappichelli, 2005 pp. 931 ss.; M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ordinanza n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019, pp. 644 ss.

10. Para todos, nos remitimos a A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., pp. 251 ss.; G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, vol. I, Padova, Cedam, 1985, pp. 755 ss.; S. STAIANO, *Vecchi e nuovi strumenti di dominio sull'accesso ai giudizi costituzionali*, in *Federalismi.it*, n. 13/2019, pp. 1 ss.

decisivos para calificar con exacta precisión el carácter del juicio de constitucionalidad, dada la íntima contradicción de la discusión[11]. Ya en 1945, la «Comisión para los Estudios Relativos a la Reconstrucción del Estado», instituida por el Ministerio para la Constituyente-la célebre «Comisión Forti»-había comenzado a debatir sobre el control de la constitucionalidad de las leyes, presentando al año siguiente un informe detallado que reconstruía de manera analítica y comparada los principales institutos de justicia constitucional vigentes en la época, con el fin de delinear las principales alternativas en cuanto a la condición del juez, el tipo de control, las formas de acceso y los efectos de las sentencias[12].

La orientación manifestada por la Comisión se opuso abiertamente a un examen de tipo concreto y, desde el principio, se inclinó hacia un juicio totalmente autónomo respecto al objeto de la demanda, asumiendo que bastaría el peligro de lesión de un derecho debido a una situación de incertidumbre jurídica, para justificar un interés procesal. Se preveía, por tanto, una especie *de actio popularis*, que no pondría en consideración del juez de las leyes la lesión de un derecho individual o de un interés legítimo, sino que se concretaría en un control puramente objetivo, de carácter ordinamental[13]. Sin embargo, los términos de la cuestión fueron revertidos poco después. La segunda Subcomisión para la Constitución consideró que una solución de este tipo habría descuidado inevitablemente la tutela de las libertades fundamentales y, como alternativa, se orientó decididamente

11. P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, Cedam 1950; E. REDENTI, *Legittimità delle leggi e Corte costituzionale*, Milano, 1957; F. CARNELUTTI, *Limiti dell'accertamento legislativo*, in *Rivista di diritto processuale*, 1/1950, p. 56 ss.; M. CAPPELLETTI, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, 1957; E. GARBAGNATI, *Sull'efficacia delle decisioni della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, vol. IV, Padova, Cedam, 1950, p. 411 ss.

12. Para una reconstrucción inicial del debate, se remite *passim* a G. D'ALESSIO, *Alle origini della Costituzione italiana. I lavori preparatori della Commissione per gli studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato (1945-1946)*, Bologna, Il Mulino, 1979; nonché a C. MORTATI, *La Corte costituzionale e i presupposti per la sua vitalità*, in *id.*, *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, Milano, Giuffré, 1972, vol. III, pp. 3 ss.; R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, Giuffré, 1985, pp. 21-23.

13. G. MONACO, *La concretezza del giudizio incidentale sulle leggi. Il ruolo delle parti innanzi alla Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2016, pp. 33 ss.; S. BAGNI, *La questione incidentale nel controllo di costituzionalità. I sistemi italiano e spagnolo a confronto nel quadro dei modelli elaborati dalla dottrina*, Bologna, CLUEB, 2007, pp. 27 ss.; M. GREGORIO, *La giustizia costituzionale nella fase costituente: Mortati e l'eredità di Carl Schmitt*, in G. P. DOLSO – D. ROSSI (a cura di), *1920-2020: Un secolo di giustizia costituzionale*, Napoli, ESI, 2022, pp. 81 ss.; E. OLIVITO, *Invito a Corte, con cautela. Il processo costituzionale si apre alla società civile*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 10/2020, pp. 485 ss.; M. CAIELLI, *Cittadini e giustizia costituzionale: contributo allo studio dell'actio popularis*, Torino, Giappichelli, 2015.

hacia un control de tipo concreto, que debía realizarse «*en vía incidental y sin la imposición de plazos*»[14].

En resumen, se delinearon de inmediato dos posiciones antitéticas, que en algunos aspectos siguen enfrentándose hasta hoy, como corolario de la ubicación institucional y del rol que se pretende atribuir al juez de las leyes, enfatizando su llamada «alma política», como co-determinador del gobierno constitucional, o acentuando su componente jurisdiccional.

Según una primera postura teórica, dado que el juicio sobre las leyes parecería estar primordialmente destinado a garantizar y a implementar el sistema constitucional en su conjunto, las reglas procedimentales correspondientes podrían ser derogadas por el juez de las leyes si esto resultara funcional para la eliminación definitiva de la norma considerada ilegítima. En tales circunstancias, estaríamos ante disposiciones dictadas exclusivamente para asegurar el buen ejercicio de la función institucional reservada a la Corte y no, en cambio, ante normas procesales especiales fijadas con el propósito de salvaguardar un derecho subjetivo[15]. De esta manera, el juicio ante el Tribunal constitucional se configuraría en términos típicamente abstractos, consistiendo en una mera comparación entre la conformidad de la ley y la Constitución. Por lo tanto, dado que el proceso *a quo* representa únicamente la ocasión más propicia para solicitar una decisión (política) con respecto a cuestiones de interés general, no solo la relevancia de la cuestión se volverá, en última instancia, un aspecto marginal para la correcta instauración del control por parte de la Corte, sino que tampoco será necesario reservar un espacio particular para las partes privadas en el juicio de constitucionalidad. De igual manera, el poder instructor-si se activa-será de naturaleza puramente inquisitiva; mientras que, en lo que respecta a los efectos de las decisiones, no incidirán tanto en los individuos

14. Sobre este punto más en particular G. BERTI, *Considerazioni sul tema*, in G. CATTARINO (a cura di), *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 novembre 1989*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 99 ss.; V. ANDRIOLI, *Profili processuali del controllo giurisdizionale delle leggi*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1950, pp. 36 ss.; P. BIANCHI – E. MALFATTI, *L'accesso in via incidentale*, in A. ANZON – P. CARETTI – S. GRASSI (a cura di), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale. Atti del Seminario di Firenze svoltosi il 28-29 maggio 1999*, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 11 ss.

15. Cf. G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, Il Mulino, 2018, pp. 83-87; R. PINARDI, *La Corte, i giudici e il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità*, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 62 ss.; M. D'AMICO, *I soggetti del processo costituzionale nella giurisprudenza della Corte costituzionale: una rilettura*, in R. BALDUZZI – M. CAVINO – J. LUTHER (a cura di), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la «svolta». Atti del Seminario (Stresa, 12 novembre 2010)*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 223 ss.

como en las consecuencias que las resoluciones tendrán en el ordenamiento en su conjunto[16].

En cambio, en lo que respecta a la segunda hipótesis reconstructiva, dado que el juicio sobre las leyes parecería estar esencialmente preordenado a garantizar los derechos, el Tribunal Constitucional, en calidad de juez, no estaría estructuralmente en condiciones de disponer con absoluta libertad de las reglas típicas de su propio proceso, tal como ningún otro magistrado podría jamás derogar unilateralmente las normas procesales que regulan el desarrollo de sus propias audiencias. Se trata, en definitiva, de una lectura más orientada a la concreción del control de constitucionalidad, en la que, a partir del caso sometido en el juicio principal, la Corte, a través de la declaración de inconstitucionalidad, defensa principalmente los derechos individuales[17]. Siguiendo esta lógica, la *quaestio legitimitatis* será relevante en términos de «estricta prejudicialidad» para la resolución del juicio principal; el *thema decidendum* será fijado ineludiblemente por la autoridad remitente, según el principio de la demanda; las partes del proceso *a quo* deberían, en la medida de lo posible, tener voz ante el juez constitucional; las decisiones, especialmente si son de aceptación, tendrán un impacto concreto en el caso específico, y juez de las leyes deberá también contar con poderes instructivos penetrantes, que garanticen un mayor conocimiento de las diferentes especificidades[18].

16. En este sentido, léanse, entre otros M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 78 ss.; E. CRIVELLI, *Corte costituzionale, forma di Stato e forma di governo*, in R. BALDUZZI – M. CAVINO – J. LUTHER (a cura di), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la «svolta». Atti del Seminario (Stresa, 12 novembre 2010)*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 53 ss.; E. CATELANI, *La determinazione della questione di legittimità costituzionale nel giudizio incidentale*, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 39 ss.

17. *Amplius*, A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli, ESI, 1990; G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in P. BARILE – E CHELI – S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1982, pp. 103 ss.; M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, Cedam, 1984; T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano, 1997; L. ELIA, *Considerazioni sul tema*, in G. CATTARINO (a cura di), *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 novembre 1989*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 98-99.

18. Ejemplarmente, F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. BARILE – E CHELI – S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1982, pp. 19 ss.; G. D'ALESSANDRO, *Argomenti per una ridefinizione del concetto di nullità della legge*, in R. BALDUZZI – M. CAVINO – J. LUTHER (a cura di), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la «svolta». Atti del Seminario (Stresa, 12 novembre 2010)*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 215 ss.; M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1991, pp. 36 ss.

Partiendo de este marco conceptual, la sesión plenaria de la Constituyente abordó el tema a partir de la sesión del 28 de noviembre de 1947. Sin embargo, es evidente que en esa ocasión hubo una gran urgencia para proceder al examen de las disposiciones relativas al Tribunal Constitucional, debido a la necesidad de concluir los trabajos. La enmienda «Arata» cerró temporalmente una cuestión de evidente complejidad, aceptando remitir las discusiones relativas a la instauración del proceso constitucional a una futura ley de adopción parlamentaria[19]. En definitiva, el texto que surgió de los trabajos de la Asamblea Constituyente solo reguló los ámbitos de competencia de la Corte, los efectos intertemporales de las decisiones, además de la composición y los métodos de elección de los jueces constitucionales, dejando a una posterior ley constitucional la determinación de las condiciones, formas y plazos de los juicios, así como las garantías de independencia de los jueces del Tribunal, y confiando a una ley ordinaria la definición de las demás normas necesarias para el funcionamiento del nuevo órgano[20].

El mandato de la Constitución, por lo tanto, operó sobre la base de una doble remisión, dejando sin resolver cualquier decisión sobre las modalidades de acceso al control de legitimidad de las leyes y de los actos con fuerza de ley. De esta manera, las fuentes posteriores bien podrían haber optado por un modelo totalmente diferente. Y así lo hicieron.

Con la ley constitucional n.º 1 de 1948, la misma Asamblea Constituyente, poco antes de su disolución natural, revirtió las conclusiones alcanzadas con esfuerzo por la «Comisión Forti» y cambió radicalmente la orientación adoptada hasta poco antes, eliminando por completo cualquier hipó-

19. M. BENVENUTI, *I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e le giurisdizioni comuni nella storia repubblicana (ovvero dei problemi e delle prospettive del sindacato di legittimità costituzionale in via incidentale come sineddoche)*, in *Nomos: le attualità nel diritto*, 1/2017, pp. 1 ss.; E. BINDI, *La garanzia della Costituzione: chi custodisce il custode?, Torino, Giappichelli*, 2010, pp. 27 ss.; T. GROPPI, *La Corte e «la gente». Uno sguardo «dal basso» all'accesso incidentale alla giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2019, pp. 408 ss.

20. Más en detalle, el artículo 137 de la Constitución italiana dispone que «*Una legge costituzionale stabilisce le condizioni, le forme, i termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale, e le garanzie d'indipendenza dei giudici della Corte. Con legge ordinaria sono stabilite le altre norme necessarie per la costituzione e il funzionamento della Corte. Contro le decisioni della Corte costituzionale non è ammessa alcuna impugnazione*». Para un comentario, se remite en la doctrina a V. MARCENÒ, sub *Art. 137*, in F. CLEMENTI – L. CUOCOLO – F. ROSA – G. E. VIGEVANI, *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, vol. 2, Bologna, Il Mulino, 2018, pp. 450 ss.; A. PIZZORUSSO, sub *Art. 137*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1981, pp. 208-210; F. DAL CANTO, sub *Art. 137*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. III, Torino, UTET, 2006, pp. 2674 ss.

tesis de control abstracto basado en el recurso directo de los ciudadanos, para adoptar un control de matriz jurisdiccional, caracterizado por notables elementos de concreción[21]. En este contexto, para cubrir la reserva decretada por el artículo 137 de la Constitución, se configuraron exclusivamente dos mecanismos para la instauración de los juicios de legitimidad constitucional: uno por vía incidental y otro por vía de acción, reservado únicamente al Estado y a las Regiones, que delimitaron los poderes de la Corte en la fase dinámica, subordinando el control correspondiente a la mera aplicación judicial de la ley o a la iniciativa de los sujetos titulares de la potestad legislativa[22].

3. EL CARÁCTER JURISDICCIONAL DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

No obstante, a pesar de la formulación bastante clara que hizo la ley constitucional n.º 1 de 1948, ésta aún dejó de lado varios aspectos relacionados con el instrumental que la Corte italiana debería emplear en su rol técnico. Más específicamente, no había una regulación que estableciera la instauración del control de constitucionalidad, la eficacia temporal de las sentencias, ni las disposiciones procesales aplicables para decidir sobre la conformidad a la Constitución de las normas primarias.

Con la posterior aprobación de la ley constitucional n.º 1 de 1953, se intentó racionalizar las diversas fuentes de referencia, reafirmando claramente que el *corpus* normativo relativo a la jurisdicción, la acción y los procedimientos ante el Tribunal debía ser dictado por la Constitución, la ley constitucional n.º 1 de 1948 y la futura ley ordinaria de primera aplicación,

21. Cf. E. CRIVELLI, *La tutela dei diritti fondamentali e l'accesso alla giustizia costituzionale*, Padova, Cedam, 2003; F. MODUGNO, *Riflessioni interlocutorie sull'autonomia del giudizio costituzionale*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1/1966, pp. 229 ss.; C. MARGIOTTA BROGLIO, *La Corte costituzionale italiana e il modello kelseniano*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2000, pp. 333 ss.

22. Ley constitucional n. 1 de 20 de febrero de 1948, artículo 1: «*La questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge della Repubblica, rilevata d'ufficio o sollevata da una delle parti nel corso di un giudizio e non ritenuta dal giudice manifestamente infondata, è rimessa alla Corte costituzionale per la sua decisione*»; artículo 2: «*Quando una Regione ritenga che una legge ed atto avente forza di legge della Repubblica invada la sfera della competenza ad essa assegnata dalla Costituzione, può, con deliberazione della Giunta regionale, promuovere l'azione di legittimità costituzionale davanti alla Corte, nel termine di 30 giorni dalla pubblicazione della legge o dell'atto avente forza di legge. Una legge d'una Regione può essere impugnata per illegittimità costituzionale, oltre che nei casi e con le forme del precedente articolo e dell'art. 127 della Costituzione, anche da un'altra Regione, che ritenga lesa da tale legge la propria competenza. L'azione è proposta su deliberazione della Giunta regionale, entro 60 giorni dalla pubblicazione della legge*»

conforme a disposiciones precisas, indisponibles y tendencialmente inderogables[23].

Dicho de otra manera, independientemente de los presupuestos conceptuales adoptados, la mencionada revisión normativa se centró en la necesidad de evitar posibles «desbordamientos» de poder por parte del nuevo órgano de justicia constitucional, regulando su funcionamiento y creando así un modelo procesal encuadrado dentro de seguras categorías dogmáticas. En la misma lógica, y frente a las especificidades que caracterizaban el control de constitucionalidad de las leyes como reflejo de las demandas evaluativas subyacentes a la protección de un derecho sustantivo, la prioridad fue establecer algunas limitaciones de orden procedimental que garantizaran la regularidad de los juicios y la certeza de los resultados, evitando en la medida de lo posible aplicaciones arbitrarias[24].

Al menos en un primer momento, consiguientemente, aunque la regulación relativa a la institución y funcionamiento del Tribunal Constitucional debía tener en cuenta obligatoriamente el carácter híbrido del órgano, pronto se hizo evidente que las atribuciones *lato sensu* políticas conferidas al juez de las leyes debían ser ejercidas de manera imparcial y objetiva, siguiendo modalidades jurisdiccionales[25]. En plena coherencia con esta perspectiva, las normas procesales habrían constituido la estructura esencial de la actividad de la Corte, con el fin de asegurar su independencia lo más posible: la creación de un proceso formal, basado en normas jurídicamente vinculantes para la instauración y desarrollo del juicio, del cual el Tribunal no podría disponer de manera completamente libre, habría garan-

23. Ley n. 87 de 11 de marzo de 1953, artículo 1: «*La Corte costituzionale esercita le sue funzioni nelle forme, nei limiti ed alle condizioni di cui alla Carta costituzionale, alla legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, ed alla legge ordinaria emanata per la prima attuazione delle predette norme costituzionali*».

24. Desde esta misma perspectiva, G. ABBAMONTE, *Il processo costituzionale italiano*, Napoli, Jovene, 1957, pp. 9 ss.; L. PEGORARO, *Elementi determinanti ed elementi fungibili nella costruzione dei modelli di giustizia costituzionale*, in R. BALDUZZI – M. CAVINO – J. LUTHER (a cura di), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la «svolta». Atti del Seminario (Stresa, 12 novembre 2010)*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 273 ss.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Padova, Cedam, 1978, pp. 239 ss.

25. G. P. DOLSO, sub *Art. 137*, in S. BARTOLE – R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 2008, pp. 1204 ss.; M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1991, pp. 21 ss.; U. DE SIERVO, *L'istituzione della Corte costituzionale in Italia*, in P. CARNEVALE – C. COLAPIETRO (a cura di), *La giustizia costituzionale tra memoria e prospettive*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 50 ss.

tizado la previsibilidad de las decisiones y, principalmente, habría protegido a la Corte de posibles interferencias[26].

El objetivo final no era tanto reducir el control de legitimidad a rígidos esquemas formales, sino fortalecer, en el plano técnico, la legitimación del Tribunal Constitucional, colaborando a la definición y consolidación de la forma de gobierno[27]. Incluso desde la perspectiva de las relaciones interinstitucionales, el control de constitucionalidad se configuró como un juicio con una connotación global propia, solo en parte comparable con experiencias similares, y expresivo también de una idea de Constitución no condicionada por dinámicas políticas, pero que, para afirmarse, debía desarrollar una orientación independiente según preceptos tipificados[28].

Dentro de este contexto, la ley n.º 87 de 1953 tuvo la tarea de definir los paradigmas necesarios para regular los procedimientos particulares. Superadas las visiones de una Corte como órgano legislativo o para-legislativo —que habían ocupado largamente el debate doctrinal— el texto correspondiente se elaboró con plena conciencia de que el Tribunal constitucional italiano debía ejercer una función jurisdiccional, aunque situada en un plano ontológicamente diferente al reservado a la justicia ordinaria[29]. Las normas que inicialmente regulaban la actividad del nuevo órgano reflejaron

26. Así, C. LAVAGNA, *Atti ed eventi costituzionali in Italia dal 1 gennaio 1948 al 31 dicembre 1950*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1/1951, pp. 431 ss.; A. PIZZORUSSO, *La Corte costituzionale tra giurisdizione e legislazione*, in *Foro italiano*, 1/1980, pp. 117-118; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *La Corte Costituzionale nel quadro del sistema di governo parlamentare della Repubblica italiana*, in *Il Politico*, 2/1961, pp. 631 ss.

27. Más recientemente, véanse entre otros las contribuciones de A. SIMONCINI, *Corte e concezione della forma di governo*, in V. TONDI DELLA MURA – M. CARDUCCI – R. G. RODIO (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica. Atti del Convegno annuale dell'Associazione di diritto costituzionale «Gruppo di Pisa», svoltosi a Otranto (Lecce) il 4-5 giungo 2004*, Torino, Giappichelli, 2005 pp. 239 ss.; E. BINDI, *La Corte costituzionale nella forma di governo italiana*, in G. D'ELIA – G. TIBERI – M. P. VIVIANI-SCHLEIN (a cura di), *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, Milano, Giuffré, 2012, pp. 43 ss.; A. MORELLI, *Il ruolo e le funzioni della Corte costituzionale nelle dinamiche dell'ordinamento democratico*, in A. RUGGERI (a cura di), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, Napoli, ESI, 2006, pp. 401 ss.

28. También se comparen L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Bologna, Il Mulino, 2004, pp. 98 ss.; A. CERRI, *Considerazioni preliminari sull'interesse ad agire nei giudizi innanzi alla Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/1976, pp. 694 ss. G. BISOGNI, *Le leggi istitutive della Corte costituzionale*, in U. DE SIERVO – S. GUERRIERI – A. VARSORI (a cura di), *La prima legislatura repubblicana. Continuità e discontinuità nell'azione delle istituzioni*, vol. I, Roma, Carocci, 2004, pp. 71 ss.

29. A. TESAURO, *Relazione della Commissione speciale nominata dal Presidente al disegno di legge sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale*, in *Atti parlamentari, Camera dei deputati*, 469-A/1952, pp. 4-5 «*la Corte ha soltanto la funzione di privare di*

esta índole sustancialmente «híbrida», dando lugar a una Corte independiente de cualquier otro poder y organizada según esquemas procesales consolidados.

En la misma perspectiva, se explica bastante fácilmente también la remisión, en función supletoria, realizada por la ley de primera aplicación al reglamento de procedimiento ante el Consejo de Estado. La previsión del artículo 22 de la ley n.º 87 de 1953 buscó reforzar la connotación pública del juicio de constitucionalidad, anclando el control incidental a reglas ya probadas y bien establecidas dentro de otras estructuras jurisdiccionales[30]. Es cierto que, dentro de las nuevas dinámicas constitucionales, esa referencia tenía una flexibilidad intrínseca, es decir, garantizaba solo la operatividad inicial del nuevo órgano, estableciendo las normas faltantes para obtener un instrumento adecuado para el ejercicio de atribuciones específicas. Sin embargo, si la Corte, en el ejercicio de sus poderes de autonormación, hubiera dictado previsiones más específicas, las disposiciones reguladoras del juicio administrativo habrían sido progresivamente reemplazadas, creando un subsistema conceptualmente autónomo[31].

---

efficacia un'espressione legislativa contraria al dettato costituzionale. Il potere legislativo, pertanto, deve rimane esclusivamente in capo al Parlamento e qualunque tentativo di interpretare la Costituzione in senso contrario è destinato a fallire. La giustizia costituzionale sta a garantire l'osservanza delle norme costituzionali, che tracciano le linee fondamentali dell'organizzazione del sistema giuridico, differenziandosi quindi rispetto alla tipologia degli interessi tutelati, perché riflettono ora lo Stato considerato in una delle manifestazioni fondamentali in cui si rivela nella pienezza della sua unità, nella completezza della sintesi giuridica della molteplicità e varietà della vita umana e sociale, ora i cittadini o altri enti, considerati non nella loro individualità, ma nella loro natura più profonda, come membri di una comunità e nelle esigenze più imperiose della vita in comune».

30. Ley n. 87 de 11 de marzo de 1953, artículo 22: «*Nel procedimento davanti alla Corte costituzionale, salvo che per i giudizi sulle accuse di cui agli articoli 43 e seguenti, si osservano, in quanto applicabili, anche le norme del regolamento per la procedura innanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale. Norme integrative possono essere stabilite dalla Corte nel suo regolamento*». En la doctrina, V. ANDRIOLI, *Profili processuali del controllo giurisdizionale delle leggi*, in AA.VV., *Atti del I Convegno Internazionale di diritto processuale civile*, Padova, Cedam, 1953, p. 53 ss., M. MASSA, *Regolamenti amministrativi e processo. I due volti dei regolamenti e i loro riflessi nei giudizi costituzionali e amministrativi*, Napoli, 2012; A. CERRI, *La dialettica del giudizio incidentale: rimeditazioni sul tema*, in AA.VV., *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1988, p. 124 ss.; N. PIGNATELLI, *Le interazioni tra processo amministrativo e processo costituzionale in via incidentale*, Torino, Giappichelli, 2008; V. ANGIOLINI, *Processo giurisdizionale e processo costituzionale*, in *Foro italiano*, 1/1995, p. 1085 ss.

31. Ley n. 87 de 11 de marzo de 1953, artículo 14: «*La Corte può disciplinare l'esercizio delle sue funzioni con regolamento approvato a maggioranza dei suoi componenti. Il regolamento è pubblicato nella Gazzetta Ufficiale*». Para un comentario, S. P. PANUNZIO, *I regolamenti della Corte costituzionale*, Padova, 1970; D. NOCILLA, *Aspetti del problema relativo ai*

A pesar de ello, especialmente al considerar la posición sistémica del juez de las leyes, este enfoque no resulta en absoluto excéntrico. Como se sabe, a la Corte se le encomienda la tarea de revisar la conformidad a la Constitución de los actos y comportamientos adoptados por los órganos supremos del Estado, por lo que la autonomía organizativa de la que goza debe estar, por fuerza, entre las garantías que protegen su autonomía e independencia. Sin embargo, un asunto es el poder de autoorganización, íntimamente relacionado con la posición superior del Tribunal Constitucional, y otro es la regulación de procedimientos jurisdiccionales que afectan el ejercicio de derechos fundamentales y que, además, repercuten en las relaciones entre instituciones[32].

Fue precisamente esta marcada incidencia externa la que determinó la necesidad sistémica de definir y racionalizar a nivel legislativo algunas disposiciones procesales precisas, evitando que la regulación del juicio de constitucionalidad fuera dejada íntegramente a la Corte. También la ley ordinaria de primera aplicación contribuyó a perfilar un control eminentemente jurisdiccional, a ejercerse principalmente en defensa de los derechos, prestando más atención a la situación concreta derivada del caso en cuestión que a la satisfacción de un interés público superior, derivado de la eliminación de la ley contraria a la Constitución[33].

---

rapporti fra le fonti che disciplinano la Corte costituzionale, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/1968, pp. 1998 ss.; P. G. GRASSO, *Prime osservazioni sulla potestà regolamentare della Corte costituzionale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2/1961, pp. 916 ss.; F. RUSSO, *Profili giuridici dei regolamenti della Corte costituzionale*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 2/1973, pp. 930 ss.; C. DELL'ACQUA, *Considerazioni sul fondamento e sui limiti della potestà regolamentare della Corte costituzionale*, in *Rassegna diritto pubblico*, 1/1968, 20 ss.

32. Desde una perspectiva análoga, N. ZANON, *Tra riserve di legge (dimenticate) e norme «integrative»(attivissime), nel settantesimo anniversario della legge 87 del 1953*, in G. GRASSO – A. STEVANATO (a cura di), *I 70 anni della legge 87 del 1953: l'occasione per un bilancio sul processo costituzionale*, Napoli, ESI, pp. 13 ss.; A. RUGGERI, *I giudizi di costituzionalità tra riforma delle norme integrative e autoriforma della giurisprudenza*, in *Politica del diritto*, 1/2002, pp. 3 ss.; M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme integrative*, in *Rivista AIC*, 2/2020, pp. 402 ss.; R. ROMBOLI, *Intervento*, in G. FAMIGLIETTI – E. MALFATTI – P. P. SABATELLI (a cura di), *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione. Atti del Seminario di Pisa del 26 ottobre 2001*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 294 ss.; A. PUGIOTTO, *Le nuove norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, in *Rivista AIC*, 2/2020, pp. 426 ss.

33. *Ex plurimis*, cf. R. GAROFOLI, *Sulla sindacabilità in sede di giudizio di legittimità dei regolamenti della Corte costituzionale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3/1997, pp. 709 ss.; E. BINDI, *Principi generali del processo comune e genesi delle norme integrative*, in E. BINDI – M. PERINI – A. PISANESCHI (a cura di), *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale. Atti del convegno annuale*

4. EL PRINCIPIO DE INCIDENTALIDAD COMO «RASGO DISTINTIVO» DEL PROCESO CONSTITUCIONAL

Surgió lógicamente un sistema centralizado, posterior, general y —al menos en algunos aspectos fundamentales— tendencialmente indisponible, que, pero valoraba los elementos necesarios de concreción mediante un control difuso, ejercido por el juez remitente. como resultado de la cuestión de legitimidad constitucional de una ley o de un acto con fuerza de ley, que sería planteada de oficio o a petición de parte, como incidente, en el curso de un juicio principal[34]. En ausencia de un recurso de amparo la salvaguardia de las posiciones jurídicas subjetivas habría seguido colateralmente la declaración de inconstitucionalidad, conciliando así la protección del derecho objetivo con la defensa de las libertades individuales. La vía incidental, concebida para ejercer un control sobre actos con efectos tangibles, objetivaba el conflicto de intereses originado en la cuestión, traduciéndolo en un conflicto entre normas[35].

Más detalladamente, una vez que el juez remitente fija el *thema decidendum*, precisando atentamente los términos de la controversia que pretende someter al control de constitucionalidad, también se delimitan los márgenes de acción del Tribunal Constitucional respecto al pronunciamiento que se

---

svoltosi a Siena il 8-9 giugno 2007, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 261 ss.; F. COLONNA, *Ancora sul Regolamento generale della Corte costituzionale*, in *Democrazia e diritto*, 1/1966, pp. 259 ss.

34. *Passim* A. M. SANDULLI, *Il giudizio sulle leggi*, Milano, 1967. Per un approfondimento si leggano altresì V. *o il «processo» costituzionale senza processualisti?*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta: Atti del seminario di Pisa del 5 maggio 1990*, Torino, Giappichelli, 1991, pp. 20 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVI, 1987, pp. 561 ss.; R. ROMBOLI, *Il diritto processuale costituzionale: una riflessione sul significato e sul valore delle regole processuali nel modello di giustizia costituzionale previsto e realizzato in Italia*, in AA.VV., *Scritti in onore di Franco Modugno*, vol. IV, Napoli, ESI, 2011, pp. 2295 ss. In chiave comparata, A. PIZZORUSSO, *Giustizia costituzionale (giustizia comparata)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali I, 2007, pp. 703 ss.

35. In una perspectiva histórica, se remite a G. VOLPE, *L'accesso alla giustizia costituzionale: le origini di un modello*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, ESI, 2006, pp. 3 ss.; F. PIERANDREI, *Corte costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, X, 1962, pp. 958 ss.; R. ROMBOLI, *La Corte costituzionale del futuro (verso una maggiore valorizzazione e realizzazione dei caratteri «diffusi» del controllo di costituzionalità?)*, in *Foro italiano*, 2/2001, pp. 5 ss.; M. R. MORELLI, *Riflessioni minime sul ruolo del giudice ordinario nel giudizio incidentale di costituzionalità della legge e sui presupposti per un corretto esercizio del potere di rimessione alla Corte costituzionale*, in *Giustizia civile*, 1/1987, pp. 40 ss.; L. PALADIN, *Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1964, pp. 304 ss.

espera, salvo las posibles hipótesis de ilegitimidad consecuencial[36]. En este contexto, la cuestión de legitimidad se vuelve relevante cuando el juez remitente no puede resolver la controversia sometida a su jurisdicción sin una previa declaración de la Corte sobre la constitucionalidad de la norma aplicable al caso concreto[37].

Las disposiciones procesales derivadas de la estructura constitucional y de la ley de primera aplicación expresan claramente un vínculo objetivo entre el juicio de constitucionalidad y el proceso principal, perfilando así una relación de necesaria instrumentalidad entre la resolución de la cuestión de legitimidad y la definición de la controversia *a quo*[38]. En otras pala-

36. Ley n.º 87 del 11 de marzo de 1953, artículo 27: «*La Corte costituzionale, quando accoglie una istanza o un ricorso relativo a questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge, dichiara, nei limiti dell'impugnazione, quali sono le disposizioni legislative illegittime. Essa dichiara, altresì, quali sono le altre disposizioni legislative, la cui illegittimità deriva come conseguenza dalla decisione adottata*». Cf. en la doctrina, G. COCOZZA, *Il principio della domanda e l'estensione degli effetti della dichiarazione d'illegittimità costituzionale nel giudizio amministrativo*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2/2010, pp. 577 ss.; V. CRISAFULLI, *In tema di instaurazione dei giudizi incidentali di costituzionalità delle leggi*, in AA.VV., *Studi in memoria di Carlo Esposito*, vol. IV, 1974, pp. 2791 ss.; L. DELLI PRISCOLI – P. DE MARCHI, *L'eccezione di incostituzionalità: profili processuali*, Bologna-Roma, Zanichelli, 2012, pp. 107 ss.; A. CERRI, *Sindacato di costituzionalità. I) Ordinamento italiano*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXVIII, 1992, pp. 13 ss.; F. FERRARI, *Disposizione o norma?* Fictio litis *e giudizio incidentale*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2017, pp. 13 ss.

37. Ley n.º 87 del 11 de marzo de 1953, artículo 23. Para un comentario, entre muchos otros, véanse N. TROCKER, *La pregiudizialità costituzionale*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 2/1988, pp. 836 ss.; F. DAL CANTO, *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in E. MALFATTI – R. ROMBOLI – E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua «diffusione». Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2001 in ricordo di Giustino D'Orazio*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 156 ss.; M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale della libertà: primo studio nel ricorso costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 6 ss.; M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, Cedam, 1984, pp. 229 ss.; L. AZZENA, *La rilevanza*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, ESI, 2006, pp. 601 ss. Per una diversa ricostruzione, V. ONIDA, *Note su un dibattito in tema di «rilevanza» delle questioni di costituzionalità delle leggi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/1978, pp. 1004 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La rilevanza: un carattere normale ma non necessario della questione di legittimità costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/1969, pp. 1002 ss.; A. ANZON, *Accesso al giudizio di costituzionalità e intervento «creativo» della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2014, pp. 35 ss.

38. Sobre la evolución del concepto R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2002-2004)*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 71 ss.; G. SILVESTRI, *Controllo di costituzionalità delle leggi*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 1994, pp. 148 ss.; R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivista AIC*, 4/2018, pp. 619 ss.

bras, el vínculo que debe existir entre los dos juicios debe expresarse en términos de «estricta prejudicialidad», lo que significa que el proceso principal no puede concluirse sin una decisión sobre la *quaestio legitimitatis*. La cuestión planteada ante la Corte no puede, por tanto, constituir *ab initio* el objeto de un juicio autónomo, ya que el control de constitucionalidad surge necesariamente de la causa principal, y el punto de contacto entre los dos procesos se encuentra en la relevancia de la cuestión planteada ante el juez de la ley, como corolario directo de lo previsto por la ley constitucional n.º 1 de 1948[39].

El juicio *a quo* y el juicio *ad quem* deben presentar siempre dos diferentes *petita* y dos distintas *causae petendi*. De lo contrario, la cuestión de constitucionalidad absorbería íntegramente el objeto de la causa principal, provocando una ruptura inadmisible con el mecanismo incidental, porque llevaría a aceptar solicitudes formuladas en términos meramente teóricos o hipotéticos, con el único propósito de eliminar del ordenamiento una ley supuestamente inconstitucional para perseguir fines políticos generales[40].

Desde esta perspectiva, el principio de incidentalidad exige que la declaración de inconstitucionalidad no sea el único motivo por el cual el juez remitente plantea la cuestión, sino que esta siga siendo instrumental a cualquier otra solicitud, colocándose en una posición auxiliar respecto a la tutela de los derechos inviolables, que se activará mediante la mediación de un sujeto institucional, habilitado para dialogar con la Corte, a partir de un caso concreto[41]. Solo a partir de este momento y exclusivamente sobre la base de

39. En materia de prejudicialidad G. ABBAMONTE, *Considerazioni sul tema*, in G. CATTARINO (a cura di), *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 novembre 1989*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 105 ss.; E. REDENTI, *Legittimità delle leggi e Corte costituzionale*, Milano 1957, pp. 67 ss.; F. PIZZETTI – G. ZAGREBELSKY, *Non manifesta infondatezza e rilevanza nella instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi*, Milano, Giuffrè, 1972, pp. 89 ss.

40. G. P. DOLSO, *Giudici e Corte alle soglie del giudizio di costituzionalità*, Milano, 2003, pp. 79 ss.; P. CARROZZA, *Il processo costituzionale come processo*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta: Atti del seminario di Pisa del 5 maggio 1990*, Torino, Giappichelli, 1991, pp. 63 ss.; E. CATELANI, *Il ruolo del giudice a quo e dell'ordinanza di rimessione nella determinazione del contraddittorio nel giudizio incidentale*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi. Atti del seminario di Milano svoltosi il 16 e 17 maggio 1997*, Torino, Giappichelli, 1998, pp. 123 ss.

41. Así, M. BIGNAMI, *Profili di ammissibilità delle questioni incidentali di costituzionalità (rilevanza, incidentalità, interpretazione conforme)*, in *Questione Giustizia*, 21 dicembre 2017, pp. 1 ss.; M. DOGLIANI, *Irrilevanza necessaria della quaestio relativa al norme penali di favore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/1976, pp. 586 ss.; S. CATALANO, *Valutazione della rilevanza della questione di costituzionalità ed effetto della decisione della Corte sul giudizio a quo*, in *Rivista online del Gruppo di Pisa*, 2/2017, pp. 1 ss.

estos supuestos, el proceso incidental adquirirá también las características típicas de una jurisdicción de derecho objetivo, destinada a restablecer la constitucionalidad del ordenamiento, permitiendo, no obstante, que las partes privadas se constituyan en juicio ante la Corte, instaurando indirectamente un contradictorio en defensa de sus posiciones individuales[42].

Evidentemente, esta estructura general estaba destinada a influir también en los efectos de las decisiones adoptadas por el Tribunal. En este sentido, el artículo 30 de la ley n.º 87 de 1953 aclara de manera inequívoca el alcance normativo del artículo 136 de la Constitución, a la luz de la elección incidental operada por la ley constitucional n.º 1 de 1948, estableciendo coherentemente que, en razón de su carácter sustancialmente invalidante, la declaración de inconstitucionalidad produce consecuencias asimilables a las de una anulación, y por tanto, debe necesariamente afectar también las situaciones previas, especialmente la posición de las partes en el juicio *a quo*, siendo este el único foro donde los sujetos privados pueden hacer valer sus pretensiones, salvo el límite insuperable de las relaciones ya agotadas[43].

Las fuentes del proceso constitucional fijan, por ende, un punto de equilibrio tendencial entre la necesidad de no vincular a la Corte con reglas

42. A. RUGGERI, *In tema di contraddittorio e processo costituzionale, ovvero del pluralismo nei giudizi sulle leggi quale condizione della costituzionalità del processo*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi. Atti del seminario di Milano svoltosi il 16 e 17 maggio 1997*, Torino, Giappichelli, 1998, pp. 555 ss.; N. TROCKER, *Note sul contraddittorio nel processo costituzionale delle libertà*, in *Foro italiano*, 2/1989, pp. 668 ss.; V. ANGIOLINI, *Il contraddittorio come metodo del giudizio sulle leggi*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi. Atti del seminario di Milano svoltosi il 16 e 17 maggio 1997*, Torino, Giappichelli, 1998, pp. 7 ss.; R. ROMBOLI, *L'intervento nel processo costituzionale: finalmente verso un'apertura del contraddittorio?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/1994, pp. 2605 ss.; L. D'ANDREA, *L'intervento dei terzi interessati e la tutela di interessi pubblici, collettivi e diffusi nel giudizio incidentale*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi. Atti del seminario di Milano svoltosi il 16 e 17 maggio 1997*, Torino, Giappichelli, 1998, pp. 27 ss.

43. Sin intento de exhaustividad C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Napoli, ESI, 2013, pp. 40 ss.; V. ANDRIOLI, *Le sentenze della Corte costituzionale: consuntivo degli effetti sull'ordinamento positivo*, in *Foro italiano*, 1 /1969, pp. 73 ss.; G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/1981, pp. 1684 ss.; G. BRANCA, *L'illegittimità parziale delle sentenze della Corte costituzionale*, in G. MARANINI (a cura di), *La giustizia costituzionale*, Firenze, Vallecchi, 1966, pp. 57 ss.; A. RUGGERI, *Gli «effetti politici» delle sentenze della Corte costituzionale emesse in occasione dei giudizi sulle leggi*, in *Consulta online*, 2/2014, pp. 1 ss.; A. SANDULLI, *Il giudizio sulle leggi. La cognizione della Corte costituzionale e i suoi limiti*, Milano, Giuffrè, 1967; M. BARBIERI, *Giurisprudenza costituzionale ed effetti temporali delle sentenze*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1/2017, pp. 153 ss.

demasiado estrictas, permitiendo así al juez constitucional perseguir con cierta flexibilidad sus objetivos jurisprudenciales, y la necesidad de definir reglas estables para el juicio de constitucionalidad, de modo que el control se realice dentro de parámetros predeterminados[44].

A partir de esta reconstrucción inicial, se puede sostener razonablemente que-al menos en su origen-debía excluirse la hipótesis de un poder completamente discrecional en manos de la Corte que permitiera al mismo Tribunal Constitucional disponer enteramente y de manera libre de los distintos institutos procesales[45]. Más bien, la *ratio* general derivada del marco normativo parece orientarse hacia la protección de dos demandas sistémicas opuestas a una gestión completamente autónoma del juicio de constitucionalidad por parte de la Corte. La predeterminación de los aspectos procesales, por un lado, satisface las necesidades de certeza jurídica, ya que permite conocer de antemano y con un grado suficiente de precisión los criterios del juez de las leyes; por otro lado, sanciona una clara separación de poderes, limitando la creatividad del nuevo órgano y diferenciando claramente entre normas generales y reglas para casos concretos, trazando así una línea de demarcación clara entre el Tribunal Constitucional, los jueces comunes y el Parlamento[46].

---

44. P. CARROZZA – R. ROMBOLI – E. ROSSI, *I limiti all'accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, ESI, 2006, pp. 7 ss.; M. S. GIANNINI, *Sull'intervento nel processo dinanzi alla Corte costituzionale (giudizi di legittimità costituzionale)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/1956, pp. 241 ss.; M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nel giudizio sulle leggi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/1987, pp. 1047 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, Padova, Cedam, 1976, pp. 1383 ss.; A. CERRI, *Azione, difesa, partecipazione nel giudizio incidentale, nei conflitti ed in alcune recenti proposte di riforma*, in G. CATTARINO (a cura di), *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 novembre 1989*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 253 ss.

45. En cuanto a la disponibilidad de las normas procesales en el sistema normativo original se remite a C. MORTATI, *Sulla corrispondenza fra «chiesto e pronunciato» nei giudizi di costituzionalità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/1959, pp. 759 ss.; A. CELOTTO – F. MODUGNO, *La giustizia costituzionale*, in F. MODUGNO (a cura di), *Diritto pubblico*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 726 ss.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Padova, Cedam, 1978, pp. 341 ss.; T. GROPPI, *La Corte costituzionale tra «fatto legislativo» e «fatto sociale»*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4/1998, pp. 2803 ss.; R. DI MARIA, *Corrispondenza tra chiesto e pronunciato*, in E. BINDI – M. PERINI – A. PISANESCHI (a cura di), *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale. Atti del convegno annuale svoltosi a Siena il 8-9 giugno 2007*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 65 ss.

46. A. SIMONCINI, *L'istituzione della Corte costituzionale e la sua affermazione: una lezione dalla storia*, in *Giornale di storia costituzionale*, 1/2006, pp. 1000 ss.; V. CRISAFULLI, *Le funzioni della Corte costituzionale nella dinamica del sistema: esperienze e prospettive*,

5. LAS PRIMERAS VARIANTES JURISPRUDENCIALES

Si todos estos elementos sugieren optar por una caracterización predominantemente jurisdiccional del proceso incidental, organizada según disposiciones bastantemente claras y precisas, capaces de vincular a la Corte, también es necesario señalar que, ya desde el inicio concreto de los trabajos del Tribunal Constitucional italiano, los mecanismos procesales diseñados a nivel legislativo resultaron inadecuados tanto para garantizar una protección oportuna de los derechos individuales como para reaccionar rápidamente ante la aplicación de leyes consideradas inconstitucionales. Por lo tanto, a nivel jurisprudencial, comenzaron a registrarse gradualmente significativas divergencias respecto al modelo original, en un intento de recuperar indirectamente, en el contexto del control incidental, la politización del juicio asociada con el carácter general del acto sometido al control de constitucionalidad de constitucionalidad, que había sido reducida en el nivel normativo[47].

De este modo, la función de la Corte comenzó a moldearse hacia una aplicación jurisdiccional de la Constitución como norma organizadora de una sociedad pluralista, destinada a trascender cada vez más frecuentemente los asuntos estrictamente individuales. Las «dos almas» -política y jurisdiccional del órgano de justicia constitucional comenzaron a coexistir de manera estable en la práctica, oscilando periódicamente entre la necesidad de garantizar los derechos y la exigencia de ponderar los efectos normativos de los pronunciamientos de inconstitucionalidad, lo que llevó a un uso incierto de términos y categorías procesales[48].

---

in G. MARANINI (a cura di), *La giustizia costituzionale*, Firenze, Vallecchi, 1966, pp. 107 ss.; A. SPERTI, *Corte costituzionale e opinione pubblica*, in *Diritto e società*, 4/2019, pp. 735 ss.

47. A. SPADARO, *In difesa del principio di «supremazia costituzionale» (riflessioni su una ri-costruzione della teoria della validità, a 20 anni di distanza)*, in R. BALDUZZI – M. CAVINO – J. LUTHER (a cura di), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la «svolta». Atti del Seminario (Stresa, 12 novembre 2010)*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 375 ss.; V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Bologna, Il Mulino, 1978, p. 86 ss.; V. ANGIOLINI, *Relazione di sintesi*, in E. BINDI – M. PERINI – A. PISANESCHI (a cura di), *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale. Atti del convegno annuale svoltosi a Siena il 8-9 giugno 2007*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 498-499.

48. Desde una perspectiva diacrónica, véanse las contribuciones de R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo… anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, in P. CARNEVALE – C. COLAPIETRO (a cura di), *La giustizia costituzionale fra memoria e*

La evolución de la Corte italiana, en resumen, siempre ha contemplado, especialmente en el ámbito de la autonormación, ajustes y reorganizaciones destinados a recuperar, en cada ocasión, esas necesidades de abstracción parcialmente sacrificadas por el legislador, ampliando significativamente las competencias del Tribunal y modificando el esquema procesal inicial[49]. Con la aprobación de las normas integrativas y la jurisprudencia posterior, el juez constitucional ha introducido previsiones que valoran el interés general subyacente a la cuestión de legitimidad planteada. De este modo, el procedimiento ante el juez constitucional ha modificado estructuralmente su connotación, hasta el punto de incorporar entre las reglas procesales del incidentalidad también aquellas instancias de tutela que solo podrían haberse satisfecho a través de un recurso de amparo[50].

Analizando la cuestión en perspectiva histórica, es posible notar bastante fácilmente cómo en los primeros treinta años de funcionamiento de la Corte —considerado la necesidad de enmendar el ordenamiento de disposiciones claramente en contraste con la Constitución— prevaleció una visión marcadamente objetiva. Sin embargo, desde inicios de los años noventa, especialmente después de la resolución del atraso acumulado durante el proceso *Lockheed*, se consolidó una visión subjetiva más cercana

prospettive. A cinquant'anni dalla pubblicazione della prima sentenza della Corte costituzionale, Torino, Giappichelli, 2008, 89 ss.; L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in P. BARILE – E CHELI – S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1982, pp. 527 ss.; R. PINARDI, *L'*horror vacui *nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 54 ss.

49. M. NISTICÒ, *Lo sbilanciamento tra diritto costituzionale sostanziale e diritto processuale. Qualche osservazione a partire dalla più recente giurisprudenza della Corte*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima «politica» e quella «giurisdizionale»*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 211 ss.; L. VIOLINI, *Una Corte in uscita? Note minime sulle recenti modifiche alle Norme Integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in C. AMALFITANO – Z. CRESPI REGHIZZI –S. VINCRE, *I terzi nei processi nazionali e sovranazionali: poteri e tutele*, Torino, Giappichelli, 2023, pp. 61 ss.; S. SCAGLIARINI, *Tempi del processo ed impatto delle decisioni della Consulta*, in M. D'AMICO – F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, ESI, 2018, pp. 559 ss.

50. M. C. GRISOLIA, *Le modifiche alle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2020, pp. 5 ss.; D. NOCILLA, *Fonti che regolano l'attività della Corte costituzionale e nuove Norme integrative: considerazioni sparse*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2022, pp. 579 ss.; E. ROSSI, *L'intervento di terzi nel giudizio in via principale dopo la modifica delle Norme integrative*, in *Rivista AIC*, 3/2020, pp. 1 ss.

al esquema inicial, apoyada también por una mayor colaboración entre los jueces ordinarios y el Tribunal Constitucional[51].

Más específicamente, en el período que va de 1956 a finales de los años sesenta del siglo pasado, la Corte actuó en función subsidiaria respecto de un legislador especialmente reacio a implementar los institutos constitucionales más innovadores, prefiriendo intervenciones de carácter puramente ablativo, en línea con las categorías procesales definidas a nivel normativo[52]. Mientras que, a partir de los años setenta se desarrollaron técnicas decisionales distintas, que permitieron al juez constitucional superar el recurso a la mera anulación. No obstante, estas innovaciones aún se enmarcaron dentro de los límites normativamente definidos y no afectaron a los otros institutos característicos del proceso[53].

Por el contrario, a principios de los años noventa comenzó a registrarse un uso muy variado y, en algunos casos, audaz de las categorías procesales. En esta fase, marcada por la emergencia de necesidades de política económica y da una forma de gobierno mayoritaria, la Corte constitucional, a través de un uso habilidoso de las reglas de su juicio, inició una labor de filtrado de las cuestiones, intentando reducir la denominada «microcon-

51. En esta óptica, G. ROLLA – T. GROPPI, *Tra politica e giurisdizione: evoluzione e sviluppo della giustizia costituzionale in Italia*, in *Cuestiones constitucionales*, 2/2000, pp. 160 ss: R. ROMBOLI, *Il processo costituzionale dopo l'eliminazione dell'arretrato: Il giudizio costituzionale incidentale come giudizio «senza processo»?*, in *Quaderni costituzionali*, 3/1991, pp. 592 ss.; L. PESOLE, *Uno sguardo sulla giustizia costituzionale venti anni dopo lo smaltimento dell'arretrato*, in R. BALDUZZI – M. CAVINO – J. LUTHER (a cura di), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la «svolta». Atti del Seminario (Stresa, 12 novembre 2010)*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 293 ss.

52. Para una reconstrucción histórica más precisa A. SIMONCINI, *Il primo dodicennio della Corte e la definizione del suo ruolo nel sistema costituzionale*, in P. L. BELLINI – A. VARSORI – S. GUERRIERI (a cura di), *Le istituzioni repubblicane dal centrismo al centro-sinistra (1953-1968)*, Roma, Carocci, 2006, pp. 100 ss.; G. SILVESTRI, *La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo*, in L. VIOLANTE – L. MINERVINI (a cura di), *Storia d'Italia. Annali XIV. Legge, diritto, giustizia*, Torino, Einaudi, 1998, pp. 131 ss.; E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, Laterza, 2012, pp. 44 ss.

53. Desde una perspectiva similar, se remite a A. RUGGERI, *I giudizi di costituzionalità tra riforma delle norme integrative e autoriforma della giurisprudenza (ripensando a regole e regolarità in tema di processo costituzionale ed alle loro possibili innovazioni)*, in A. PIZZORUSSO – R. ROMBOLI (a cura di), *Le norme integrative per i giudizi innanzi la Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione. Atti del Seminario di Pisa del 26 ottobre 2001*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 26 ss.; A. CERRI, *Note minime sulla recente riforma delle norme integrative*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2020, pp. 484 ss.; L. OLIVIERI, *Il valore del fatto nel significato della legge. Note critiche sul giudizio di costituzionalità della «situazione normativa» e/o della «portata normativa» di una legge*, in E. MALFATTI – R. ROMBOLI – E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua «diffusione». Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2001 in ricordo di Giustino D'Orazio*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 607 ss.

flictualidad» y concentrarse en las controversias políticamente más relevantes[54]. A partir de este momento, el juez constitucional italiano comenzó a apartarse programáticamente de las formas procesales, siempre que tal desviación fuera necesaria para abordar el fondo de la decisión, haciendo todo lo posible para que «*el proceso se desarrollara en un plano concreto, pragmático y esencial, es decir, de manera que la cuestión planteada por el juez a quo encontrara una solución específica*»[55]. Según la propia admisión del Tribunal, el buen funcionamiento de la justicia, la certeza del derecho y la separación de poderes comenzaron por primera vez a equilibrarse con otras necesidades normativas perseguidas por la Corte.

En esta fase, el juez de las leyes estableció los antecedentes teóricos y prácticos para las intervenciones posteriores cerca de la discrecionalidad parlamentaria, redefiniendo, mediante una revisión científica de los cánones del proceso incidental, el rol de la Corte en el sistema institucional en función de suplencia respecto al legislador y con una progresiva compresión del principio de separación de poderes. Así, las mismas situaciones de operatividad del Tribunal Constitucional se convirtieron en momentos de verdadera reinterpretación de los cánones procesales, cuyos resultados —lejos de ser limitados a enfrentar períodos de contingencia— ofrecen soluciones destinadas a mantenerse constantes en el tiempo[56].

---

54. N. ZANON, *«Stagioni creative» della giurisprudenza costituzionale? Una testimonianza (e i suoi limiti)*, in C. PADULA (a cura di), *Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?*, Napoli, ESI, 2020, pp. 38 ss.; F. SORRENTINO, *La Corte e i suoi precedenti: overruling o continuità?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/2015, pp. 888 ss.; S. FILIPPI, *La giurisprudenza costituzionale tra congiuntura economica ed evoluzione del sistema delle fonti: verso l'affermazione dell'«argomento della crisi»?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2020, pp. 1590 ss.; R. PINARDI, *Il problema dell'impatto della declaratoria d'incostituzionalità alla luce del ruolo della Corte nel sistema*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2/2017, pp. 1 ss.; F. BIONDI, *Come decide la Corte dinanzi a questioni «tecniche»: la materia elettorale*, in V. MARCENÒ – M. LOSANA (a cura di), *Come decide la Corte dinanzi a questioni «tecniche». Incontro sulla giurisprudenza costituzionale*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2020, pp. 37 ss.

55. Considérese especialmente la posición expresada por el Expresidente de la Corte, F. SAJA, *Introduzione*, in G. CATTARINO (a cura di), *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 novembre 1989*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 1 ss., según el cual: «*naturalmente ci siamo sempre discostati – e questo lo sanno tutti – da quelli che ritenevamo vani formalismi, cercando di arrivare sempre, se possibile, al merito della decisione* […] *La Corte ha fatto di tutto perché il processo si svolgesse su un piano concreto, pragmatico, essenziale, ossia perché la questione che il giudice di provenienza voleva proporre, trovasse una sua soluzione. Naturalmente questo non significa che la Corte non si sia interessata per nulla degli aspetti processuali, che sono sempre garanzie di buon andamento della giustizia*»

56. *Ex plurimis*, consúltese A. MORRONE, *Corte costituzionale: fattore condizionante o elemento strutturale?*, in *Rivista AIC*, 1/2023, pp. 1 ss.; N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della «coscienza sociale», interpretazione della costituzione e diritti fondamentali:*

6. LA CASUÍSTICA MÁS RECIENTE

Sin embargo, la transición definitiva hacia nuevas formas de activismo judicial, que superen de manera resolutiva los esquemas clásicos del juicio de constitucionalidad, se manifiesta claramente desde la última década. Las razones profundas de este cambio se pueden atribuir esencialmente a dos causas principales: por un lado, la prolongada inercia del Parlamento y, en general, la extendida desconfianza en la clase política y en el sistema tradicional de partidos; por otro lado, la intención programática del Tribunal Constitucional italiano de eliminar, en la medida de lo posible, las «zonas francas» del ordenamiento jurídico[57].

En esta nueva coyuntura, el juez de las leyes se ha convertido en un actor cada vez más activo en el debate público. Ante el extremo retraso con el que el legislador aborda cuestiones cruciales que afectan la esencia de los derechos consagrados en la Constitución, la Corte interviene directamente para representar las demandas de la colectividad y suplir las deficiencias del decisor político[58]. A través este mecanismo de integración, los ciudadanos no permanecen desprotegidos, y, aunque las Cámaras no muestren intención de abrogar o modificar una disposición considerada ilegítima, siempre

questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico, in *Rivista AIC*, 4/2017, pp. 86 ss.; A. SPADARO, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, in *Rivista AIC*, 2/2023, pp. 104 ss.

57. En cuanto al tema, se refiere a A. PIZZORUSSO, *«Zone d'ombra» e «zone franche» della giustizia costituzionale italiana*, in A. D'ATENA (a cura di), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, 2012, pp. 1021 ss.; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 12/2021, pp. 170 ss.; R. BIN, *Zone franche e legittimazione della Corte, a commento della sentenza n. 1 del 2014*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2014, pp. 640 ss.; D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020, pp. 27 ss.; F. LANCHESTER, *Non ci sono «zone franche» nello stato di diritto costituzionale*, in *Nomos: le attualità nel diritto*. 1/2013, p. 1 ss.; M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, 4/2016, pp. 1 ss.; V. ONIDA, *Riflessioni conclusive*, in R. PINARDI (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo, Atti del seminario di Modena svoltosi il 13 ottobre 2006*, Torino, 2007, p. 266 ss. Se permita finalmente la referencia a P. ZICCHITTU, *Le «zone franche» del potere legislativo*, Torino, 2017.

58. Ejemplarmente, E. ROSSI, *Brevi considerazioni sulle diverse dimensioni della relazione tra Corte e opinione pubblica*, in *www.forumcostituzionale.it*, 11 febbraio 2023, pp. 140 ss.; L. MEZZETTI, *Legittimazione democratica e tecniche interpretative della Corte costituzionale italiana*, in *Pensamiento Constitucional*, 1/2010, pp. 69 ss.; L. PESOLE, *La Corte costituzionale oggi, tra apertura e interventismo giurisprudenziale*, in *Federalismi.it*, 12/2021, pp. 224 ss.

existe la posibilidad de impugnar dicha norma ante un juez durante un juicio[59].

En un momento de aguda crisis de las instituciones representativas, el acceso incidental ha comenzado a usarse también como un instrumento (político) para introducir principios diferentes a los inicialmente establecidos por el Parlamento. Así, el proceso constitucional se ha convertido en el lugar privilegiado para reformular o modificar un precepto legislativo que ya no responde a las necesidades del ordenamiento ni a la evolución de la conciencia social[60].

Como resultado, el Tribunal Constitucional ha ajustado las reglas del proceso en el ámbito jurisprudencial, autoasignándose la facultad de intervenir, con una incidencia siempre creciente, en áreas tradicionalmente reservadas al legislador. El objetivo declarado es garantizar que no haya áreas materiales que queden fuera del control de constitucionalidad, asegurando una protección oportuna de los derechos individuales, incluso a costa de una revisión exhaustiva de los límites de su propio control[61].

Los ejemplos de esta orientación podrían ser numerosos; en este contexto, nos limitaremos a mencionar solo algunos casos paradigmáticos que, frente a una prolongada inacción de los órganos parlamentarios y de la política, documentan claramente el alejamiento del juez de las leyes de sus precedentes y, más en general, de las reglas y el significado original del proceso constitucional.

59. G. L. CONTI, *La Corte costituzionale si apre (non solo) alla società civile. Appunti sulle modifiche apportate dalla Corte costituzionale alle norme integrative in data 8 gennaio 2020*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2020; E. OLIVITO, *Invito a Corte, con cautela. Il processo costituzionale si apre alla società civile*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 10/2019, pp. 485 ss.; S. BARBARESCHI, *La Corte costituzionale si apre all'ascolto della società civile, ovvero del rischio della legittimazione di sé attraverso gli altri*, in *Rivista AIC*, 2/2020.

60. Consúltese para todos A. PUGIOTTO, *Variazioni processuali sul «caso Cappato»*, in A. MORRONE (a cura di), *Il «caso Cappato» davanti alla Corte costituzionale*, Bologna, 2018, p. 45 ss.; S. SCIARRA, *Prove di solidarietà in alcune sentenze della Corte costituzionale*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2/2019, pp. 261 ss.; In una prospettiva simile si confronti anche *passim* G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1997.

61. C. cost. sent. 41/2021. En la doctrina, R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2019, pp. 757 ss.; R. PINARDI, *L'*horror vacui *nel giudizio sulle leggi*, Milano, 2007, pp. 91 ss.; E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana. Nuova stagione, altri episodi*, Napoli, 2021, pp. 108 ss.

6.1. LA LEGISLACIÓN ELECTORAL: RELEVANCIA Y «ZONAS FRANCAS» DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Probablemente, la decisión que inaugura este nuevo rumbo de la justicia constitucional sea la célebre sentencia n.º 1 de 2014, la cual, junto con la igualmente conocida sentencia n.º 35 de 2017, reformó radicalmente el sistema electoral, desautorizando expresamente las decisiones del legislador en términos de racionalidad y eficiencia[62]. A los fines que aquí nos ocupan, ambas sentencias destacan por una clara excepción a las disposiciones que regulan el juicio incidental, así como por una técnica argumentativa peculiar, que permitió a la Corte italiana exceder el ejercicio ordinario de sus poderes jurisdiccionales. En cuanto a este último aspecto, el Tribunal constitucional redefinió sustancialmente las posibilidades de acceder al juicio, reconfigurando el requisito de la incidentalidad en términos puramente abstractos, al afirmar que «*la incertidumbre sobre la legitimidad o no de los mecanismos de conversión de votos en escaños constituye, por sí sola, una lesión jurídicamente relevante del derecho al voto*»[63].

Desde la perspectiva adoptada por la Corte, la necesaria interdependencia entre el juicio principal y la decisión de la cuestión de legitimidad inevitablemente se difumina, y las reglas procesales se reescriben temporalmente para remediar el vacío de protección creado por el Parlamento, llevando ante el juez de las leyes una controversia específica. Más concretamente, el Tribunal supera las dudas sobre la admisibilidad de la cuestión recurriendo a una interpretación extensiva de sus precedentes en cuanto a la necesidad de que el proceso principal y el juicio de constitucionalidad presenten dos distintas *petita*[64]. Se trata de una innovación disruptiva que se aparta de numerosos precedentes en la materia, y que adapta las regu-

62. Para un primer comentario, véanse las observaciones de B. CARAVITA, *La riforma elettorale alla luce della sentenza* 1/2014, in *Federalismi.it*, 1/2014; G. GUZZETTA, *La sentenza n. 1 del 2014 sulla legge elettorale a una prima lettura*, in *www.forumcostituzionale.it*, 14 gennaio 2014; R. DICKMANN, *La Corte dichiara incostituzionale il premio di maggioranza e Il voto di lista e introduce un sistema elettorale proporzionale puro fondato su una preferenza*, in *Federalismi.it*, 1/2014; F. LANCHESTER, *Non ci sono «zone franche» nello stato di diritto costituzionale*, in *Nomos: le attualità nel diritto*, 1/2013, p. 1 ss.; G. AZZARITI, *Ragionevolezza, scopo e valore della legge elettorale. Dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 1 del 2014*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2014.

63. C. cost. sent. 1/2014, apartado 2, fundamentos jurídicos. Análogamente, C. cost. sent. 35/2017, apartado 8.3 fundamentos jurídicos.

64. C. PADULA, *Spunti di riflessione sull'azione di accertamento e l'incidentalità nel giudizio di costituzionalità*, in *Consulta on-line*, 2/2013; M. D'AMICO, *Corte costituzionale e materia elettorale: una decisione storica*, in M. D'AMICO – S. CATALANO (a cura di), *Prime riflessioni sulla storica sentenza n. 1 del 2014 in materia elettorale*, Milano, 2014, p. 90 ss.; G. M. SALERNO, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi elettorali come «tramite» per il pieno ripristino del diritto di voto*, in *Corriere giuridico*, 2/2013, p. 88 ss.; M. BIGNAMI,

laciones del juicio de constitucionalidad por vía incidental a necesidades particulares, logrando un resultado extraordinario e, incluso, imprevisible: la declaración de inconstitucionalidad de la fórmula electoral vigente y su sustitución por una normativa completamente nueva, ideada por el juez de las leyes[65].

Por lo tanto, cuando se trata de evaluar la legitimidad de las normas electoral —aunque un argumento similar podría desarrollarse también a todas aquellas disposiciones que presentan una conexión significativa con el ejercicio de la representación democrática o que, de algún modo, afectan el ejercicio de una libertad fundamental para la estabilidad del ordenamiento— el objeto de la cuestión exige, por sí mismo, abarcar la posición de todos los ciudadanos que se encuentran en esa situación típica, salvaguardando un interés del cuerpo social[66]. En otras palabras, la Corte parece capaz de modificar la lógica subyacente de su juicio hasta el punto de legitimar el recurso por vía incidental siempre que esta excepción sea funcional para pronunciarse sobre una ley esencial para el funcionamiento de los mecanismos democráticos, eliminando una vulneración intolerable para el sistema constitucional[67].

La Corte costituzionale interviene in via «semi-incidentale» sulla legge elettorale: un approccio prudente per un caso eccezionale, in M. D'AMICO – S. CATALANO (a cura di), *Prime riflessioni sulla storica sentenza n. 1 del 2014 in materia elettorale*, Milano, 2014, p. 27 ss.; A. PERTICI, *La Corte costituzionale dichiara l'incostituzionalità della legge elettorale tra attese e sorprese (con qualche indicazione per il legislatore*, in *www.forumcostituzionale.it*, 4 febbraio 2014.

65. Lea más ampliamente G. GUZZETTA, *Molti, forse troppi, spunti di riflessione. La sentenza della Corte costituzionale n. 1del 2014 sulla legge elettorale*, in M. D'AMICO – S. CATALANO (a cura di), *Prime riflessioni sulla storica sentenza n. 1 del 2014 in materia elettorale*, Milano, 2014, pp. 110 ss.; F. SGRÒ, *La censura di parziale incostituzionalità della legge elettorale e il ripristino del sistema proporzionale: qualche considerazione sull'equilibrio tra rappresentanza politica e governabilità*, in *www.forumcostituzionale.it*, 7 febbraio 2014; G. BRUNELLI, *La sentenza n. 1/2014 sulla legge elettorale: una bussola (non un manuale di istruzioni) per il legislatore)*, in *Studium iuris*, 11/2014, pp. 1293 ss.

66. En cuanto a los perfiles procesales del caso, se comparen G. SALVADORI, *La Corte conferma l'accesso «in via preferenziale»*, in *Rivista AIC*, 2/2017; F. BESOSTRI, *Punti critici per un voto a tempi brevi*, in *Nomos: le attualità nel diritto*, 1/2017, p. 1 ss.; F. FERRARI, *Perché la Corte non avrebbe dovuto giudicare nel merito l'Italicum*, in *La Costituzione.info*, 1/2017

67. Cf. A. RUGGERI, *La Corte alla sofferta ricerca di un accettabile equilibrio tra le ragioni della rappresentanza e quelle della governabilità: un'autentica quadratura del cerchio, riuscita però solo a metà, nella pronunzia sull'Italicum*, in *www.forurncostituzionale.it*, 3/2017; M. BENVENUTI, *Zone franche che si chiudono e zone d'ombra che si aprono nella sent. n.1/2014 della Corte costituzionale*, in *Nomos: le attualità nel diritto*, 3/2014, p. 2 ss.; R. BIN, *Chi è responsabile delle zone franche? Note sulle leggi elettorali davanti alla Corte*, in *www.forumcostituzionale.it*, 9 giugno 2017.

La lectura conjunta de estas dos decisiones lleva, por lo tanto, a concluir que el control ejercido por el Tribunal Constitucional ya no se centra únicamente en hipótesis específicas, sino que se enfoca en el impacto real que los mecanismos diseñados por el legislador tienen sobre el ejercicio de las libertades individuales, con el fin de protegerlas de manera más activa y estructurada[68]. Y es precisamente esta centralidad progresiva asumida por la protección de los derechos la que permite a la Corte intervenir en las «zonas francas» del Estado de derecho, pronunciándose sobre un abanico de situaciones en las que, hasta ese momento, no había sido posible ejercer ningún control de carácter jurisdiccional, ya que la Constitución o las leyes habían establecido límites sustantivos que impedían resolver la controversia en el mérito[69].

De esta manera, la protección jurisdiccional de las libertades individuales adquiere una prevalencia axiológico-sistemática y crea un nuevo paradigma, según el cual, al invocar la necesidad de proteger dinámicamente un derecho, el respeto de las garantías procesales, la certeza del derecho y la división de poderes se ven sustancialmente atenuados, permitiendo al Tribunal Constitucional autolegitimarse para intervenir en cualquier sector del ordenamiento[70]. Esta modificación al modelo de acceso a la Corte recupera parcialmente los fundamentos de la acción popular, originalmente prevista por la «Comisión Forti», orientándose decididamente hacia un control de tipo abstracto que permita cuestionar incluso leyes que nunca se han aplicado previamente: una interpretación que tiende a ampliar el acceso al juicio incidental en virtud del principio de constitucionalidad y que

68. L. PESOLE, *L'incostituzionalità della legge elettorale nella prospettiva della Corte costituzionale, tra circostanze contingenti e tecniche giurisprudenziali già sperimentate*, in *Costituzionalismo.it*, M. LUCIANI, *A lezione di storia, in Nomos: le attualità nel diritto*, 1/2017, p. 12 ss.; S. LIETO – P. PASQUINO, *La Corte costituzionale e la legge elettorale: la sentenza n.1 del 2014*, in *www.forumcostituzionale.it*, 26 marzo 2014.

69. En relación con este artificio, F. SORRENTINO, *La legge elettorale di fronte alla Corte costituzionale*, in *www.confronticostituzionali.eu*, 3/2013; C. PADULA, *Spunti di riflessione sull'azione di accertamento e l'incidentalità nel giudizio di costituzionalità*, in *Consulta on-line*, 3/2013; S. BARTOLE, *Quali effetti di precedente per la sentenza n. 1/2014 della Corte costituzionale in tema di accesso al giudizio in via incidentale?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/2014, pp. 3452 ss.

70. Así, por ejemplo, E. LEHNER, *Il diritto di voto dopo la conquista della «zona franca»*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2014, pp, 54 ss.; F. DAL CANTO, *Corte costituzionale e giudizio preventivo sulle leggi elettorali*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3/2015; A. SAITTA, *Riforme costituzionali e sorte del costituzionalismo*, in *Consulta on-line*, 2/2014; A. ANZON, *Accesso al giudizio di costituzionalità e intervento «creativo» della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2014, pp. 11; R. ROMBOLI, *La riforma della legge elettorale ad opera della Corte costituzionale: attenti ai limiti*, in *Foro italiano*, 1/2014, pp. 3 ss.

deriva, en cada caso, de las necesidades prácticas a las que la Corte intenta dar respuesta[71].

6.2. LA ILEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL DECLARADA PERO NO ELIMINADA

En el mismo contexto, también se señala la inconstitucionalidad del denominado «divorcio impuesto» declarada mediante la sentencia n.º 170 de 2014[72]. Se trata de una situación muy particular que involucra a una pareja heterosexual legalmente casada, en la que uno de los cónyuges había procedido a la rectificación del sexo en el registro civil. Como resultado, la pareja, después del matrimonio, estaba de hecho compuesta por dos personas del mismo sexo. El objeto de la cuestión de legitimidad constitucional era la disposición legislativa que preveía la disolución automática del vínculo matrimonial, dado que se había perdido uno de los requisitos constitutivos, incluso en situaciones como esta, si ninguno de los cónyuges lo había solicitado o si ambos se oponían manifiestamente[73].

---

71. G. REPETTO, *Il divieto di* fictio litis *come connotato della natura incidentale del giudizio di costituzionalità. Spunti a partire dalla recente ordinanza della Corte di cassazione in tema di legge elettorale*, in *Rivista AIC*, 3/2013, pp. 1 ss.; M. BIGNAMI, *La Corte costituzionale interviene in via «semi-incidentale»*, cit.; G.U. RESCIGNO, *Il diritto costituzionale di voto secondo la Corte di cassazione e la Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2014, pp. 27 ss.

72. La decisión guarda una estrecha conexión con la sentencia previa n.º 138 de 2010, que, según una interpretación originalista del artículo 29 de la Constitución, por un lado, había excluido la inconstitucionalidad de la ausencia de un derecho al matrimonio para las parejas homosexuales, y por otro lado, había afirmado simultáneamente el derecho fundamental de las parejas homosexuales a llevar una vida familiar y relacional, solicitando al respecto una intervención normativa del legislador. Para un enfoque más amplio L. PEDULLÀ, *Il percorso giurisprudenziale sul riconoscimento delle c.d. unioni civili*, in *Rivista AIC*, 2/2016, pp. 1 ss.; V. BALDINI, *Famiglia e diritti connessi alla vita familiare nella giurisprudenza nazionale ed europea*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2015; F. RESCIGNO, *Riflessioni sulla giurisprudenza costituzionale italiana ed austriaca in tema di coppie omosessuali*, in *Federalismi.it*, 5/2018, pp. 1 ss.; F. ALICINO, *Le coppie dello stesso sesso. L'arte dello Stato e lo stato della giurisprudenza*, in *www.forumcostituzionale.it*, 22 agosto 2015; M. BELLETTI, *La chiusura del giudice amministrativo alla trascrizione dei matrimoni omosessuali contratti all'estero e la ricerca nella giurisprudenza costituzionale dei «contenuti» legislativi delle unioni di persone dello stesso sesso*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, 4/2016, pp. 405 ss.

73. A. D'ALOIA, *Lo scioglimento del matrimonio del transessuale: una incostituzionalità per mancanza di alternative*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2014, pp. 672 ss.; L. BOZZI, *Mutamento di sesso di uno dei coniugi e «divorzio imposto»: diritto all'identità di genere vs paradigma della eterosessualità del matrimonio*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 5/2014, pp. 233 ss.; F. SAITTO, *L'incostituzionalità del «divorzio imposto» tra rettificazione di sesso e tutela del «pregresso vissuto» della coppia*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/2014, pp. 2706 ss.

El Tribunal Constitucional resolvió el caso con una sentencia aditiva de principio de estructura inusual[74]. La Corte declaró «*la inconstitucionalidad de los artículos 2 y 4 de la Ley n.º 164 de 1982, en la medida en que no prevén que la sentencia de rectificación del sexo de uno de los cónyuges, que provoca la disolución automática del matrimonio y la cesación de los efectos civiles derivados de la inscripción, permita, si ambos lo solicitan, mantener un vínculo, jurídicamente regulado, mediante otra forma de convivencia registrada, que proteja adecuadamente los derechos y obligaciones de la pareja con las modalidades establecidas por el legislador*»[75].

La decisión se compone de dos partes distintas, con diferente eficacia: una ablativa, de carácter vinculante, destinada a eliminar del ordenamiento la norma impugnada; y otra manipulativa, con fuerza meramente persuasiva, que contiene el principio a aplicar para resolver el caso[76]. Sin embargo, los efectos demoledores de la decisión están en gran medida atenuados, si no son nulos, dado que la sentencia no afecta a una disposición en sí misma, sino a una mera omisión del legislador, la cual no solo no se declara inconstitucional en sí, sino que incluso se considera constitucionalmente necesaria, ya que la introducción de un divorcio a petición de los cónyuges en situaciones análogas a la examinada «*haría posible la continuación del vínculo matri-*

74. De manera ejemplar, considerarse A. RAPPOSELLI, *Illegittimità costituzionale dichiarata ma non rimossa: un nuovo tipo di sentenze additive?*, in *Osservatorio costituzionale*, 1/2015; P. VERONESI, *Un'anomala additiva di principio in materia di «divorzio imposto»: il caso «Bernaroli» nella sentenza n. 170/2014*, in *www.forumcostituzionale.it*, 6 luglio 2014; A. RUGGERI, *Il matrimonio a tempo del transessuale: una soluzione obbligata e... impossibile? (A prima lettura di Cass., I Sez. civ., n. 8097 del 2015)*, in *Consulta online*, 1/2015, pp. 306 ss.

75. Para un primer comentario, véase G. FINOCCHIARO, *In attesa dei necessari interventi del legislatore applicate per analogia le norme sul matrimonio*, in *Guida al diritto*, 28/2014, pp. 23 ss.; F. BIONDI, *La sentenza additiva di principio sul c.d. «divorzio imposto»: un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto*, in *www.forumcostituzionale.it*, 24 giugno 2014; R. CATALDO, *Coppia o famiglia? L'implicito interrogativo lasciato aperto dalla Consulta nella sentenza costituzionale sul c.d. «divorzio imposto»*, in *Osservatorio costituzionale*, 6/2014.

76. A. LORENZETTI, *Corte costituzionale e Corte europea dei diritti umani: l'astratto paradigma eterosessuale del matrimonio può prevalere sulla tutela concreta del matrimonio della persona trans*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 12/2014, pp. 1152 ss.; C. P. GUARINI, *Tra divorzio imposto e matrimonio a tempo. Osservazioni a margine delle sentenze n. 170 del 2014 della Corte costituzionale e n. 8097 del 2015 della Corte di Cassazione, I sezione civile*, in *Rivista AIC*, 2/2016, pp. 1 ss.; S. PATTI, *Il divorzio della persona transessuale: una sentenza di accoglimento che non risolve il problema*, in *Foro italiano*, 3/2014, pp. 2685 ss.; L. BOZZI, *Se il matrimonio è eterosessuale e il divorzio «imposto» è incostituzionale. La Cassazione alla ricerca di una (impossibile?) soluzione: il matrimonio «a tempo»*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 9/2015, pp. 520 ss.; D. FERRARI, *La Corte costituzionale torna sulla condizione giuridica delle coppie omosessuali: l'imporsi di un modello eterosessuale di coniugio*, in *Politica del diritto*, 3/2014, pp. 445 ss.

monial entre personas del mismo sexo, en contradicción con el artículo 29 de la Constitución»[77].

Una innovación de este tipo plantea importantes dificultades aplicativas, tanto porque modifica de manera encubierta los efectos de una sentencia de aceptación, equiparándola de hecho a una sentencia *inutiliter data* o, a lo sumo, a una decisión de rechazo con exhortación al menos hasta que el legislador intervenga para establecer la nueva normativa solicitada por la Corte, como porque genera grandes dudas sobre cómo aplicar concretamente la decisión en el proceso *a quo*[78].

De hecho, del fallo de la decisión se deduce que el único sujeto institucional capacitado para adoptar una normativa, que pueda remediar de manera efectiva las consecuencias potencialmente discriminatorias derivadas de la sentencia de rectificación del sexo de uno de los cónyuges, es exclusivamente el Parlamento. Por lo tanto, a diferencia de lo que ocurre normalmente con las sentencias aditivas de principio, la Corte no hace ninguna referencia a la actividad del juez ordinario para encontrar una solución al caso concreto, basándose en los parámetros establecidos en la decisión, por ejemplo, identificando otras formas de convivencia registrada que puedan adecuadamente proteger los derechos y obligaciones de la pareja. Consecuentemente, la sentencia de rectificación del sexo de uno de los cónyuges no puede provocar de manera automática la disolución del matrimonio, al menos hasta que el legislador intervenga para eliminar los efectos producidos por las disposiciones declaradas inconstitucionales[79].

Empero, el juez *a quo*, una vez reanudado el juicio principal, para no justificar indirectamente un matrimonio entre personas del mismo sexo, ha

77. C. cost. sent. 170/2014, apartado 5.6, fundamentos jurídicos.

78. Analogamente, M. DI BARI, *Commento a caldo della sentenza n. 170/2014 della Corte costituzionale: quali prospettive?*, in *Osservatorio costituzionale*, 6/2014; A. RUGGERI, *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014)*, in *Consulta online*, 3/2014, pp. 1 ss. P. BIANCHI, *Divorzio imposto: incostituzionale ma non troppo*, in *www.forumcostituzionale.it*, 7 luglio 2014.

79. Sobre las posibles consecuencias de la decisión, se remite *ex plurimis* a S. STAIANO, *Corte costituzionale e giudici comuni. La congettura del riaccentramento*, in *Federalismi.it*, 3/2021, pp. 100 ss.; A. PAPA, *Il mosaico della famiglia tra dettato costituzionale, giurisprudenza e realtà sociale*, in *Rivista AIC*, 2/2015, pp. 1 ss.; R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del divorzio imposto: quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, in *Foro italiano*, 1/2014, pp. 2680 ss.; V. BALDINI, *Riflessioni a caldo sulla sentenza n. 8097/15: il giudice della nomofilachia smentisce la Corte costituzionale in tema di matrimonio tra omosessuali?*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2015; I. RIVERA, *Le suggestioni del diritto all'autodeterminazione personale tra identità e diversità di genere. Note a margine di Corte cost. n. 221 del 2015*, in *Consulta online*, 1 /2016, pp. 175 ss.

desatendido las indicaciones derivadas de la decisión del Tribunal Constitucional, considerando la declaración de inconstitucionalidad como una pronunciamiento autoaplicativo, que determina la ineficacia de las normas impugnadas a partir del día siguiente a la publicación de la sentencia, y ha encontrado, en vía jurisprudencial, la normativa aplicable al caso concreto. Por tanto, el matrimonio se ha disuelto y la solución del caso se ha concretado en el reconocimiento a la pareja del mismo estatus que el de los cónyuges casados, a la espera de que el legislador establezca una normativa específica[80].

6.3. EQUILIBRIO PRESUPUESTARIO Y EFECTOS TEMPORALES DE LAS SENTENCIAS QUE ADMITEN LA INCONSTITUCIONALIDAD

En la célebre sentencia n.º 10 de 2015, que declaró la inconstitucionalidad de la denominada «Robin Tax» por violar el principio de igualdad en la sujeción a impuestos, la Corte decidió ajustar los efectos normalmente retroactivos de la sentencia que admite la inconstitucionalidad, estableciendo que dichos efectos comenzaran a partir del día siguiente a la publicación de la decisión. Esta medida se tomó debido a necesidades concretas en el ámbito de las finanzas públicas, relacionadas con el respeto a los equilibrios presupuestarios y los compromisos asumidos a nivel europeo[81].

Proponiendo una relectura innovadora de sus precedentes más directos, el Tribunal constitucional italiano consideró el equilibrio tendencial de las cuentas públicas, derivado de la reforma del artículo 81 de la Constitución, como un principio fundamental que limita el disfrute de los derechos individuales. Este principio debe ser tenido en cuenta por el juez de las leyes en

80. Para un análisis más detallado con respecto a la jurisprudencia subsiguiente, G. FINOCCHIARO, *Un'evidente discrasia tra motivazione e dispositivo (nota a Cass., I Civile, n. 8097 del 2015)*, in *Guida al diritto*, 21/2015, pp. 56 ss.; I. RIVERA, *Il c.d. «divorzio imposto» tra illegittimità costituzionale e seguito processuale (osservazioni a margine delle sentenze n. 170/2014 della Corte costituzionale e n. 8097/2015 della Corte di cassazione)*, in *Consulta online*, 2/2015, pp. 466 ss.; S. PATTI, *Divorzio della persona transessuale e protezione dell'unione «ancorché non più matrimoniale». Nota a Cassazione civile, Sez. I, 21 aprile 2015, n. 8097*, in *Corriere giuridico*, 9/2015, pp. 1051 ss.

81. Para una visión más precisa del contenido de la sentencia, consulte, por ejemplo, I. MASSA PINTO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015 tra irragionevolezza come conflitto logico interno della legge e irragionevolezza come eccessivo sacrificio di un principio costituzionale: ancora un caso di ipergiurisdizionalismo costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2015; S. F. COCIANI, *L'*horror vacui *e l'irretroattività degli effetti delle sentenze di accoglimento della Corte Costituzionale. Nota a Corte Costituzionale, sentenza n. 10/2015*, in *Rivista di diritto tributario*, 1/2015, pp. 13 ss.; M. D'AMICO, *La Corte e l'applicazione (nel giudizio* a quo*) della legge dichiarata incostituzionale*, in *www.forumcostituzionate.it*, 3 aprile 2015.

el desempeño de sus funciones institucionales, incluso sustituyéndose al legislador en la determinación de las prestaciones fiscales[82]. Para alcanzar este resultado, la Corte se aparta expresamente de la regla procesal establecida por la lectura conjunta del artículo 136 de la Constitución y del artículo 30 de la Ley n.º 87 de 1953, que fija la retroactividad obligatoria de las sentencias de aceptación, cuestionando así el concepto mismo de prejudicialidad constitucional. Con el objetivo de preservar la estabilidad general de las cuentas públicas, el Tribunal, a pesar de reconocer la inconstitucionalidad de la norma legislativa impugnada, impide al juez remitente aplicar en el proceso *a quo* los efectos derivados de la sentencia que admite la inconstitucionalidad[83].

En relación con este aspecto, la Corte afirma de manera apodíctica que una regulación temporal de este tipo no afecta al carácter incidental del proceso, ya que el requisito de relevancia se aplica únicamente a la admisibilidad de la cuestión y no a la decisión del juez constitucional[84]. Sin embargo, aunque es claro que la relevancia debe considerarse solo en relación con el inicio del juicio, en el presente caso, la irrelevancia de la *quaestio legttimitatis* no se debe a eventos posteriores o a una modificación normativa que haga inaplicable la norma cuestionada, sino a una decisión del propio Tribunal constitucional. Este, aunque acepta la demanda del juez *a quo*, impone igualmente la aplicación en el proceso principal de la norma considerada inconstitucional[85]. De este modo, el juez que correctamente ejerció su derecho-deber de promover el incidente de constitucionalidad será el

82. Cf. *amplius* A. PIN – E. LONGO, *Dalla sentenza n. 10 alla n. 70 del 2015: quando la giustizia costituzionale diventa imprevedibile*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2015, pp. 697 ss.; A. STEVANATO, *Oltre la sentenza n. 10/2015: la modulazione temporale degli effetti delle sentenze di accoglimento fra limiti costituzionali e nuove prospettive della giustizia costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2019; C. BERGONZINI, *The Italian Constitutional Court and balancing the budget: judgment of 9 February 2015, no. 10 and Judgment of 10 March 2015, no. 70*, in *European Constitutional Law Review*, 1/2016, pp. 177 ss.

83. Sobre el tema,. VERONESI, *La Corte «sceglie i tempi»: sulla modulazione delle pronunce d'accoglimento dopo la sentenza n. 10/2015*, in *www.forumcostituzionale.it*, 23 aprile 2015; A. MORELLI, *Principio di totalità e «illegittimità della motivazione»: il seguito giurisprudenziale della sentenza della Corte costituzionale sulla Robin tax*, in *Consulta on-line*, 2/2015, pp. 483 ss.; V. DI PASQUA, *La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di incostituzionalità: Spagna e Italia a confronto alla luce della sentenza n. 10 del 2015*, in *Osservatorio costituzionale*, 9/2015.

84. C. cost. sent. 10/2015, apartado 7, fundamentos jurídicos.

85. En cuanto a este mecanismo procesal T. F. GIUPPONI, *La Corte e il «suo» processo. Brevi riflessioni a margine della sentenza n. 10 del 2015 della Corte costituzionale*, in *Lo Stato*, 2/2015, pp. 187 ss.; R. ROMBOLI, *Natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti: in margine alla sentenza n. 10 del 2015*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2015, pp. 607 ss.; A. ANZON, *La Corte costituzionale «esce allo scoperto» e limita l'efficacia retroattiva delle proprie pronunzie di accoglimento*, in *Rivista AIC*, 2/2015.

único obligado a aplicar una disposición ilegítima para resolver la controversia sometida a su conocimiento, y lo hará en detrimento de las partes procesales que habían planteado objeciones fundadas.

En consecuencia, aunque esta medida ha permitido preservar la estabilidad financiera del ordenamiento en un período de grave crisis económica, el expediente ideado por el Tribunal constitucional genera una contradicción sistémica o, al menos, una violación de las reglas que regulan el desarrollo del juicio incidental[86]. Esto no solo se debe a que obliga al juez remitente a resolver la controversia aplicando una norma considerada inconstitucional desde su origen, sino también —y quizás más significativamente— porque priva a los titulares de los derechos afectados por esa decisión del único recurso que la Constitución reconoce para hacer valer su posición jurídica, creando un obstáculo insuperable para la repetición del indebido por parte de aquellos contribuyentes que, mientras tanto, ya habían pagado el tributo en cuestión[87].

En resumen, al modular los efectos temporales de la declaración de ilegitimidad, el Tribunal establece una «relativización» de la incidentalidad y de sus mecanismos dentro de la relación jurídica que, en primer lugar, había activado el remedio previsto por el ordenamiento para reaccionar ante una violación de la Constitución[88]. En este sentido, la jurisprudencia inaugurada con la sentencia n.º 10 de 2015 no solo corre el riesgo de neutralizar los efectos de las decisiones que admiten la inconstitucionalidad, sino que

86. Así, por ejemplo, A. PIN – E. LONGO, *La sentenza n. 10 del 2015: un giudizio di proporzionalità «in concreto» o realistico?*, in *www.forumcostituzionale.it*, 24 aprile 2015; A. LANZAFAME, *La limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze di illegittimità costituzionale tra tutela sistemica dei principi costituzionali e bilanciamenti impossibili. A margine di Corte costituzionale n. 10/2015*, in *Rivista AIC*, 2/2015; R. PINARDI, *La Consulta ed il blocco degli stipendi pubblici: una sentenza di «incostituzionalità sopravvenuta»?*, in *www.forumcostituzionale.it*, 1 settembre 2015.

87. En cuanto a esta intrínseca contradicción, se remite específicamente ad A. BARBERA, *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte*, in *Rivista AIC*, 2/2015; R. G. RODIO, *Il seguito della sentenza n. 10/2015: verso il giudice a quo quale giudice d'appello (di fatto) sulle decisioni della Corte*, in *Dirittifondamentali.it*, 4/2015; F. GABRIELE – A. M. NICO, *Osservazioni «a prima lettura» sulla sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015: dalla illegittimità del «togliere ai ricchi per dare ai poveri» alla legittimità del «chi ha avuto, ha avuto, ha avuto… scordiamoci il passato»*, in *Rivista AIC*, 2/2015.

88. A. MORELLI, *Il ruolo e le funzioni della Corte costituzionale nella dinamica dell'ordinamento democratico*, in A. RUGGERI (a cura di), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, Napoli, ESI, 2006, p. 434 ss.; R. PINARDI, *Brevi note sull'effettività delle tecniche decisionali elaborate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia legislativa*, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *Effettività e seguito delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Napoli, ESI, 2006, p. 327 ss.; A. ANZON, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/1992, p. 3204 ss.

—lo que es aún más relevante para el sistema— considera el respeto a las reglas del proceso como un valor «*meramente "interno" a las operaciones de ponderación realizadas por la Corte*», legitimando así cualquier excepción a la disciplina procesal, siempre que esté justificada por necesidades contingentes[89].

6.4. LAS HIPÓTESIS DE INCONSTITUCIONALIDAD DIFERIDA

Incluso en el conocido caso «Cappato» se ha presenciado una innovación procesal capaz de redefinir en su totalidad las relaciones entre la Corte y el legislador, mediante una modificación *ex sententia* de los automatismos que normalmente regulan el juicio de constitucionalidad[90].

A raíz de un grave accidente automovilístico, Fabiano Antoniani quedó tetrapléjico y con ceguera permanente: incapaz de respirar, alimentarse y evacuar de manera autónoma, se encontraba en un estado de sufrimiento agudo, aunque conservaba intactas sus facultades intelectuales, manteniendo plena capacidad de autodeterminación. Consciente de la irreversibilidad de su condición, expresó en varias ocasiones su deseo de poner fin a su vida. En este punto, Marco Cappato, miembro del Partido Radical italiano, le planteó la posibilidad de interrumpir los tratamientos de ventilación, hidratación y nutrición artificiales, con sedación profunda simultánea. Ante la negativa de Fabiano, quien continuaba manifestando públicamente su deseo de viajar al extranjero para obtener asistencia en una muerte digna, el honorable Cappato finalmente accedió a sus peticiones, acompañándolo personalmente a Suiza, donde Antoniani efectivamente se suicidó[91].

En cuanto al hecho concreto, las investigaciones durante el juicio ya habían descartado que el acusado hubiera influido de alguna manera en la

89. Así, R. ROMBOLI, *La sentenza n. 10 del 2015: l'efficacia ex nunc della dichiarazione di incostituzionalità attraverso un dispositivo forse inadeguato a realizzare le finalità espresse dalla corte nella motivazione*, in *Foro italiano*, 5/2015, pp. 1516 ss. En opinión del autor, las evidentes implicaciones político-legislativas relacionadas con este tipo de sentencias, aunque vinculadas a expectativas legítimas, exigen la disposición de garantías adecuadas, también en el plano procesal, para evitar excesos de poder por parte del Tribunal constitucional.

90. Por ejemplo, léanse O. SPATARO, *Sindacato di legittimità costituzionale e legalità penale. Il delicato equilibrio tra ruolo della Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore negli itinerari giurisprudenziali più recenti*, Palermo 2022; A. MORRONE, *Il «caso Cappato» davanti alla Corte costituzionale. Riflessioni di un costituzionalista*, in A. MORRONE (a cura di), *Il «caso Cappato» davanti alla Corte costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2018, p. 10 ss.; G. DE VERO, *Crisi della legalità e del sistema penale*, in A. LO GIUDICE (a cura di), *Attraverso lo Stato di diritto. Crisi e prospettive*, Napoli, ESI, 2024, pp. 68 ss.

91. Para una reconstrucción más precisa de los perfiles sustanciales del caso C. Casonato, *Il caso di Dj Fabo: il quadro costituzionale*, in *www.lacostituzione.info*, 23 marzo 2017;

determinación o fortalecimiento de la voluntad de la víctima. Sin embargo, según el juez *a quo*, de acuerdo con la exégesis de la disposición cuestionada derivada del «derecho viviente», el comportamiento del acusado, aunque no contribuyó a determinar o reforzar la intención de la víctima, sino que se limitó a facilitar materialmente su realización, aun así encajaría en la conducta de facilitación del suicidio sancionada por la norma incriminatoria[92]. Por lo tanto, en primer lugar, la Corte de Asís de Milán invoca la inconstitucionalidad del artículo 580 del código penal, tanto en la parte en la que sanciona con la misma pena todos los comportamientos que facilitan el suicidio, incluso cuando dichos actos no afectan directamente el proceso deliberativo del sujeto, como en lo que respecta a la disposición que castiga las conductas de ayuda al suicidio distintas de la instigación, independientemente de su contribución efectiva a la determinación o fortalecimiento de la intención suicida[93].

En términos generales, la ordenanza n.º 207 de 2018 y la sentencia n.º 242 de 2019 inauguran un esquema decisorio bastante peculiar, en el que, ante una comprobada incompatibilidad de la normativa impugnada con el texto constitucional, la Corte no decreta de inmediato la ilegitimidad de la disposición cuestionada, sino que opta por una inédita suspensión del juicio, llamando al legislador a disciplinar la materia objeto de la cuestión de legitimidad de acuerdo con los principios indicados puntualmente en la decisión del Tribunal Constitucional[94].

C. Tripodina, *Quale morte per gli «immersi in una notte senza fine»? Sulla legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio e sul «diritto a morire per mano di altri»*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3/2018; M. E. De Tura, *Il principio di autodeterminazione e la tutela della vita umana: esiste un diritto a morire? Osservazioni a margine dell'ordinanza del G.I.P. di Milano, 10 luglio 2017*, in *www.osservatorioaic.it*, 3/2017.

92. Corte de Asís de Milán, orden del 14 de febrero de 2018, p. 3. En la doctrina, E. MALFATTI – S. PANIZZA – R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2016, p. 57 ss.; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzione plurale, Milano*, 2012, p. 58 ss.; A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2018, p. 46 ss.; S. M. CICCONETTI, *Lezioni di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, p. 62 ss. Più in generale, circa il comportamento tenuto dal giudice *a quo* di fronte al «diritto vivente» si veda, per tutti, A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente». Genesi, uso, implicazioni*, Milano 1994, p. 597 ss.

93. Corte de Asís de Milán, orden del 14 de febrero de 2018, p. 13.

94. G. RAZZANO, *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un'ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2019; A. RUGGERI, *La giustizia costituzionale in navigazione verso l'ignoto*, in *Diritti comparati*, 2/2022, pp. 557 ss.; S. PRISCO, *Il «caso Cappato» tra Corte Costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3/2018, p. 152 ss.

Desde el punto de vista estructural, ante la alternativa decisiva entre una simple sentencia de aceptación, que podría causar un daño adicional a los principios constitucionales, y una declaración de inadmisibilidad por respeto a la discrecionalidad legislativa, que mantendría en vigor una disposición contraria a la Constitución, el juez de las leyes rechaza la solución impuesta por la estructura del juicio incidental, evitando declarar de inmediato la inconstitucionalidad de la norma cuestionada, y media a través de la vía judicial, reconociendo la ilegitimidad de dicha regulación, pero sin crear un vacío normativo que podría causar un daño aún mayor a los derechos individuales, especialmente en ausencia de una pronta intervención parlamentaria[95].

Así, siguiendo el modelo del sistema alemán con la *unvereinbarkeitserklärung*, el juez constitucional italiano, ante la necesidad de regular un asunto políticamente sensible, invierte el consolidado principio de inadmisibilidad por respeto a la discrecionalidad legislativa y se desvincula definitivamente del modelo kelseniano de legislación negativa, creando un mecanismo jurisdiccional que articula la acción combinada del Parlamento, la Corte y los jueces ordinarios[96]. Pero hay más: a pesar de las apariencias, el énfasis puesto en las prerrogativas del legislador no implica facultades particulares, sino que exige legislar sobre la materia de acuerdo con las precisas indicaciones proporcionadas por el Tribunal, lo que en términos de efecti-

95. A. RUGGERI, *Pilato alla Consulta: decide di non decidere, perlomeno per ora… (a margine di un comunicato sul caso Cappato)*, in *Consulta on-line*, 3/2018. N. FIANO, *Caso Cappato, vuoti di tutela costituzionale. Un anno al Parlamento per colmarli. Riflessioni a caldo a partire dal modello tedesco*, in *www.forumcostituzionale.it*, 25 ottobre 2018; M. PICCHI, *Leale e dialettica collaborazione fra Corte costituzionale e Parlamento: a proposito della recente ordinanza n. 207/2018 di monito al legislatore e contestuale rinvio della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2018, pp. 17 ss.

96. En la literatura italiana, para una comparación con las técnicas decisorias adoptadas en la jurisprudencia constitucional alemana en relación con la modulación de los efectos de las sentencias, léanse G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca. Tipologie decisorie e Nachbesserungspflicht nel controllo di costituzionalità*, Torino, 2002; A. A. CERVATI, *Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle Corti austriaca, tedesca ed italiana*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Atti del seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988*, Milano, 1989, p. 287 ss.; E. BERTOLINI, *Le sentenze del Bundesverfassungsgericht: tipologie ed effetti*, in D. BUTTURINI – M. NICOLINI (a cura di), *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. Percorsi di diritto costituzionale interno e comparato*, Napoli, 2014, p. 186 ss.

vidad, vincula al Parlamento de manera más estricta que una declaración ordinaria de inconstitucionalidad[97].

En la práctica, se trata de una técnica decisoria que, en lugar de reconocer a los órganos políticos la tarea de equilibrar los intereses involucrados en el caso concreto, obliga a las Asambleas electivas a ratificar la decisión ya tomada por el Tribunal constitucional, reduciendo sus márgenes de autonomía[98]. La única alternativa que tienen las Cámaras para evitar una nueva declaración de inconstitucionalidad consiste, de hecho, en una aquiescencia sustancial a las decisiones de valor adoptadas en su lugar por la Corte. Consiguientemente, a diferencia de lo que ocurre con una decisión común de inadmisibilidad, aunque esté acompañada de exhortaciones particularmente categóricas para el legislador, una técnica decisoria de este tipo compromete coercitivamente al Parlamento a seguir adelante[99].

Es cierto que, si el Parlamento no manifiesta la voluntad política de actuar, ningún otro órgano constitucional —y no podría ser de otra manera— sería capaz de obligar al legislador a regular una determinada materia. Sin embargo, la misma estructura del fallo adoptado en la ordenanza n.º 207 impone a las Cámaras intervenir para modificar la normativa cuestionada de acuerdo con las indicaciones recibidas del Tribunal, bajo pena, no solo de la inconstitucionalidad de la disposición cuestionada, sino también y

97. M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Questione giustizia*, 19 novembre 2018; F. PALAZZO, *La sentenza Cappato può dirsi «storica»?*, in *Politica del diritto*, 1/2020, pp. 3 ss.; A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *Consulta on-line*, 3/2018, pp. 571 ss.

98. Sobre las características de la decisión en relación con la discrecionalidad legislativa, *ex plurimis* M. E. D'AMICO, *Il «fine vita» davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio costituzionale*, 1/2020; R. BARTOLI, *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell'aiuto al suicidio*, in *Diritto penale contemporaneo*, 10/2018, p. 97 ss.; C. CUPELLI, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a sé stessa. La sentenza n. 242 del 2019 e il caso Cappato*, in *Sistema penale*, 12/2019, pp. 33 ss.

99. Compárense A. NICOLUSSI, *Lo sconfinamento della Corte costituzionale: dal caso limite della rinuncia a trattamenti salva-vita alla eccezionale non punibilità del suicidio medicalmente assistito*, in *Corti supreme e salute*, 2/2019, pp. 1 ss.; D. MARTIRE, *Dalle «rime obbligate» alle soluzioni costituzionalmente «adeguate», benché non «obbligate». Note a margine della sentenza n. 40 del 2019 della Corte costituzionale*, in Giurisprudenza costituzionale, 2/2019, pp. 696 ss.; P. VERONESI, *La Corte costituzionale «affina, frena e rilancia»: dubbi e conferme nella sentenza sul «caso Cappato», in BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1/2020, pp. 5 ss.

sobre todo de una significativa pérdida de poder en la regulación del caso, en beneficio de la Corte y de los jueces ordinarios[100].

De hecho, la posterior sentencia n.º 242 de 2019, que aparentemente concluye el *affaire* Cappato, confirma inequívocamente esta secuencia. Ante la persistente inercia del legislador, la Corte italiana intervino nuevamente, esta vez con una sentencia manipulativa aditiva pura y simple, declarando la inconstitucionalidad del artículo 580 del código penal «*en la parte en que no excluye la punibilidad de quien, según las modalidades previstas en los artículos 1 y 2 de la ley del 22 de diciembre de 2017, n.º 219* [...] *facilita la ejecución del propósito de suicidio, formado autónoma y libremente, de una persona mantenida con vida por tratamientos de soporte vital y afectada por una patología irreversible, fuente de sufrimientos físicos o psicológicos que ella considera intolerables, pero plenamente capaz de tomar decisiones libres y conscientes, siempre que tales condiciones y las modalidades de ejecución hayan sido verificadas por una estructura pública del servicio de salud nacional, previa opinión del comité ético territorialmente competente*»[101].

6.5. LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE

De manera análoga, con las sentencias n.º 97 de 2021 y n.º 122 de 2022 sobre la cadena perpetua obstativa, el Tribunal Constitucional retoma, en sus líneas fundamentales, el esquema dialógico iniciado en el caso «Cappato», aunque con algunas variaciones sustantivas que permiten profundizar en el uso de los paradigmas procesales y en las relaciones con el legislador.

100. En cuanto a la estructura del fallo de la sentencia citada en el cuerpo del texto, véase A. RIDOLFI, *Un nuovo tipo di doppia pronuncia: la via italiana alla Unvereinbarerklärung? Osservazioni su C. Cost., ord. n. 207/2018 e sent. n. 242/2019*, in *Nomos: le attualità nel diritto*, 3 /2019, pp. 1 ss.; G. REPETTO, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative*, in *Consulta on-line. Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 3 febbraio 2020; A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *Giustizia insieme*, 3/2019, p. 3.

101. C. cost. sent. 242/2019. En la doctrina, entre los numerosos comentarios, se remite a M. E. BUCALO, *La «circoscritta (e puntellata) area» di incostituzionalità dell'art. 580 c.p. fra* self-restraint *della Corte costituzionale e perdurante inerzia del legislatore*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1/2020, pp. 99 ss.; F. BERTOLINI, *Valore della libertà, valore della vita, diritto di rinunciare alle cure, diritto di morire*, in *Rivista AIC*, 4/2019; F. LAUS, *Il rapporto tra Corte costituzionale e legislatore, alla luce delle pronunce sul caso Cappato e sulle tutele crescenti nel jobs act*, in *Rivista AIC*, 2/2020; S. CATALANO, *La sentenza 242 del 2019: una pronuncia additiva molto particolare senza «rime obbligate»*, in *Osservatorio costituzionale*, 2/2020.

6.5.1. La inadmisibilidad «con término»

Incluso en esta hipótesis, el juez constitucional, al posponer la tramitación de la audiencia, retrasa nuevamente el juicio de fondo sobre la ilegalidad de la norma impugnada para permitir que las Cámaras dispongan de «*un plazo razonable para abordar la materia*», dado que «*la equiparación de las condiciones de acceso a la libertad condicional entre los condenados a cadena perpetua por delitos cometidos en el contexto de la criminalidad organizada que no han colaborado con la justicia y los condenados al cárcel perpetuo por delitos mafiosos que sí han colaborado* [...] *pertenece a la discrecionalidad legislativa*» y, por tanto, no a la Corte[102].

En realidad, se trata de una especie de inadmisibilidad «con fecha de término», mediante la cual el juez de las leyes, en lugar de «decidir no decidir» —como ocurre, por ejemplo, en las sentencias de «inconstitucionalidad probada pero no declarada» o en los casos de «constitucionalidad aún pendiente»— pretende resolver la cuestión dentro de un plazo definido, que comienza a contarse a partir de la fecha en la que el mismo juez de las leyes emite su exhortación a las Cámaras. A partir de ese momento, tanto la obligación de legislar como la declaración de inconstitucionalidad se convierten en exigencias inaplazables, que obligan de manera doble tanto al Parlamento, que deberá ejercer su poder normativo dentro del plazo estipulado en el fallo, como a la Corte, quien, por su parte, deberá censurar la posible persistencia de un vacío legislativo[103].

Con esta técnica, el Tribunal, interpretando de manera extensiva los artículos 134 y 136 de la Constitución, vincula su control con la capacidad de organizar y modular los tiempos del juicio de constitucionalidad, hasta fijar la fecha exacta en la que su pronunciamiento se volverá ineludible, para evitar la creación de faltas normativas adicionales que puedan afectar la protección de los derechos fundamentales[104].

---

102. C. cost. ord. 97/2021, apartado 11, fundamentos jurídicos.
103. En relación con esta técnica decisoria original, así como con otras sentencias que modulan los efectos temporales de las sentencias que admiten la inconstitucionalidad, véanse, *ex multis*, M. MASSA, *La terza incostituzionalità «prospettata» e la questione dell'ergastolo ostativo*, in *Nomos: le attualità nel diritto*, 2/2021; V. MARCENÒ, *Una tecnica controversa: l'ordinanza interlocutoria con rinvio a data fissa*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1/2022, pp. 497 ss.; A. MORRONE, *Finale di partita. Cosa davvero vuole la Corte costituzionale con l'ordinanza n. 97 del 2021 sull'ergastolo ostativo*, in *Consulta on-line*, 2/2021, pp. 388 ss.
104. Cf., por ejemplo, M. PELISSERO, *Il percorso sospeso: la posta in gioco «radicale» dell'ergastolo ostativo*, in *Diritto penale e processo*, 8/2021, pp. 1001 ss.; G. NICOLÒ, *L'ergastolo «ostativo» al vaglio della Corte costituzionale*, in *Archivio penale*, 1/2021; F. PERCHINUNNO, *Prime riflessioni sull'ordinanza n. 97/2021 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 1/2021, pp. 197 ss.;

En la ordenanza n.º 97, la intervención del juez de las leyes se pospone a la espera de que el legislador equipare el acceso a la libertad condicional para los condenados a cadena perpetua, hayan o no cometido delitos que obstruyan esta posibilidad. Este enfoque refuerza la idea de que este tipo de «exhortación con plazo» establecida por la Corte se sitúa en la dicotomía entre los tiempos relacionados con el respeto a la legalidad constitucional y los tiempos necesarios para concluir efectivamente el procedimiento legislativo, ya que la fecha en la que el Parlamento debe regular la materia coincide con el momento en que el juez de las leyes pronunciará la inconstitucionalidad de la disposición impugnada. Sin embargo, esta coincidencia compromete la función tradicionalmente apolítica del Tribunal Constitucional, dado que la temida declaración de ilegitimidad, al acelerar el proceso de aprobación de las propuestas legislativas, se inserta en las mucho más amplias necesidades de normación del legislador, lo que determina una intervención en los tiempos y en la calendarización de los trabajos parlamentarios, resultando en una superposición entre *gubernaculum* y *iurisdictio*[105].

A pesar de estas consideraciones, la Corte italiana ha mostrado gran prudencia respecto a sus precedentes jurisprudenciales más directos, excluyendo claramente la intención de realizar una intervención meramente ablativa, que tendría la consecuencia de «*poner en riesgo el equilibrio general de la normativa en cuestión, pero sobre todo comprometería las necesidades de prevención general y seguridad colectiva que busca para contrarrestar el fenómeno penetrante y arraigado de la criminalidad mafiosa*»[106].

Por ello, como se menciona, el camino principal no puede ser otro que el legislativo: el Tribunal Constitucional con sus limitados instrumentos acabaría por tomar decisiones propias de la política criminal[107]. Además, una declaración inmediata de inconstitucionalidad o una intervención de recorte manipulativo basada en una figura concreta, sin importar su forma, habría creado un desequilibrio entre las diferentes hipótesis normativas,

105. En relación con esta nueva competencia del Tribunal, B. ROMANO, *L'incostituzionalità «prospettata» dell'ergastolo ostativo*, in *Rivista Penale Diritto e Procedura*, 2/2021; A. CONTI, *L'ergastolo ostativo che move la Corte costituzionale e l'altre stelle*, in *Consulta on-line*, 2/2023, pp. 517 ss.; C. CHIARIELLO, *Le nuove frontiere della discrezionalità valutativa della Corte costituzionale: la tollerabilità della normativa illegittima, Nomos: le attualità nel diritto*, 1/2022.

106. C. cost. ord. 97/2021, apartado 9, fundamentos jurídicos.

107. *Ibidem*.

resultando en una invasión no permitida de los ámbitos discrecionales reservados al Parlamento[108].

6.5.2. La «doble» prórroga

El Parlamento, por tanto, tuvo un año para remediar la situación de inconstitucionalidad declarada. Sin embargo, como era quizás previsible, la reforma no fue aprobada dentro del período útil, aunque esta vez la discusión parlamentaria había comenzado de manera útil, culminando con la aprobación de un proyecto de ley en la Cámara, que luego fue enviado también al Senado. Esta circunstancia llevó a la Corte, mediante la ordenanza n.º 122 de 2022, a posponer nuevamente la tramitación de la cuestión, otorgando al legislador un plazo no más «*razonable*» sino «*reducido*», de seis meses, para permitir la continuación y conclusión de los trabajos de la Comisión[109]. Esta hipótesis se volvió inviable debido a la disolución anticipada del Parlamento en julio de 2022.

En esta nueva ordenanza interlocutoria, las indicaciones proporcionadas por el Tribunal en su razonamiento son definitivamente más exigentes. El juez de las leyes, por un lado, realiza una evaluación exhaustiva sobre la incompatibilidad constitucional de la laguna producida por el legislador, llamando a las Cámaras a transformar de absoluta en relativa la prohibición de acceso a la liberación condicional para el recluso no colaborativo; por otro lado, plantea a las Asambleas electivas las implicaciones de una posible declaración de aceptación, que se activaría en caso de falta de seguimiento parlamentario, instando así a las Cámaras a aprobar una reforma estructural, destinada a equilibrar las necesidades de resocialización del individuo recluso con las necesidades de prevención general inherentes a la normativa sobre la cadena perpetua obstativa[110].

108. En este respecto, consúltese D. GALLIANI, *Il chiaro e lo scuro: Primo commento all'ordinanza 97/2021 della Corte costituzionale sull'ergastolo ostativo*, in *Giustizia insieme*, 1/2021; E. DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, in *Sistema penale*, 25 Maggio 2021; L. RISICATO, *L'incostituzionalità riluttante dell'ergastolo ostativo: alcune note a margine di Corte cost., ordinanza n. 97/2021*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2/2021, pp. 653 ss.

109. Cf. C. cost. ord. 122/2022.

110. Así, ejemplarmente, U. ADAMO, *È (resterà) due senza tre? Sull'incostituzionalità «prospettata»: criticità ulteriori di una tecnica decisoria già di per sé problematica*, in *Consulta on-line*, 2/2022, pp. 819 ss.; A. MANNA, *Ergastolo, ergastolo ostativo, CEDU e Costituzione: cronaca di un dialogo mai interrotto, ma pieno di asperità*, in *Archivio penale*, 3/2021, pp. 11 ss.; D. MARTIRE – A. SALERNO, *L'ergastolo ostativo e lo stato attuale della giustizia costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 4/2022.

No obstante, en este caso, el término indicado es entendido por el propio Tribunal Constitucional como meramente orientador y nos devuelve un juez de las leyes que se sustrae —al menos temporalmente— a su actividad institucional de evaluar la actuación del legislador, invirtiendo la fisiología del sistema: la declaración de inconstitucionalidad ya no depende de lo que las Cámaras hayan hecho al adoptar una norma ilegítima, sino de lo que eventualmente decidan hacer basándose en las indicaciones recibidas de la Corte[111]. En consecuencia, el *dies a quo* de la inconstitucionalidad evidenciada se convierte en una variable subordinada exclusivamente a los ritmos y resultados de los trabajos parlamentarios; se produce, por esta vía, una discrepancia persistente entre el examen sustancial de la inconstitucionalidad de la ley y la declaración impuesta según el artículo 136 de la Constitución, dado que la Corte sanciona de hecho la discrecionalidad del legislador en la gestión de los tiempos y el calendario de los trabajos parlamentarios.

Para alcanzar sus objetivos, el Tribunal recurre nuevamente a una técnica decisoria que se aparta claramente del modelo incidental delineado por el Constituyente para el control ante el juez de las leyes. Las decisiones de este tipo no solo permiten que una normativa considerada inconstitucional continúe produciendo sus efectos, dado que la disposición *sub judice* no es eliminada inmediatamente del ordenamiento, sino que también demuestran una aplicación creativa de las reglas que rigen el juicio de constitucionalidad, casi como si fueran un elemento «interno» a las evaluaciones, que la Corte utiliza para alcanzar su solución[112].

Por otro lado, incluso sin considerar la disolución anticipada de las Cámaras, no se podría haber excluido *a priori* que a este singular «prórroga de la prórroga» pudiera seguir un aplazamiento adicional, por ejemplo, si

111. A. LOLLO, *Riflessioni critiche a margine del secondo rinvio della Corte costituzionale sull'ergastolo «ostativo»*, in *Consulta on-line*, 3/2022, pp. 1055 ss.; F. POLACCHINI, *Fine pena (forse): ergastolo ostativo e prospettive di riscatto*, in *Federalismi.it*, 11/2023, pp. 179 ss.; M. MENGOZZI, *Il rinvio del rinvio con monito sull'ergastolo ostativo. Altro tempo in cui continua ad applicarsi una pena incostituzionale*, in *Studium iuris*, 7-8/2022, pp. 49 ss.

112. Símilmente, V. DI PASQUA, *La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di incostituzionalità*, in *Osservatorio costituzionale*, 9/2015; R. PINARDI, *Brevi note sull'effettività delle tecniche decisionali elaborate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia legislativa*, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *Effettività e seguito delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Napoli, 2006, p. 327 ss.; S. F. COCIANI, *L'*horror vacui *e l'irretroattività degli effetti delle sentenze di accoglimento della Corte Costituzionale. Nota a Corte Costituzionale, sentenza n. 10/2015*, in *Rivista di diritto tributario*, 1/2015, pp. 13 ss.; A. STEVANATO, *Oltre la sentenza n. 10/2015: la modulazione temporale degli effetti delle sentenze di accoglimento fra limiti costituzionali e nuove prospettive della giustizia costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2019; T. F. GIUPPONI, *La Corte e il «suo» processo*, in *Lo Stato*, 2/2015, pp. 187 ss.

el Parlamento hubiera demostrado haber reanudado efectivamente los trabajos. Esto habría exacerbado aún más las dificultades inherentes a esta técnica[113]. También hay que considerar que, mientras en otros casos el tiempo podría incluso transcurrir en favor del imputado que, mientras se decide, no corre el riesgo de sufrir ninguna condena, en esta circunstancia, la actitud del Tribunal Constitucional crea un grave perjuicio a los derechos de los condenados, impidiendo que disfruten efectivamente de los beneficios asociados a la liberación condicional y generando, a nivel sistémico, una fricción entre la protección de los derechos individuales, las funciones institucionales asignadas a la Corte y las prerrogativas del legislador[114].

7. EL VALOR ORDINAMENTAL DE LAS REGLAS PROCESALES

En todas las situaciones mencionadas anteriormente, la necesidad principal de salvaguardar de manera oportuna ciertas necesidades del ordenamiento jurídico justifica la creación de nuevas fórmulas decisionales que superan las reglas procesales existentes, transformando la división de poderes en un límite relativamente flexible. Desde esta perspectiva, parece casi, que, frente a algunos casos límite que ponen a prueba el poder legislativo y la estabilidad de las fuerzas políticas, el Tribunal Constitucional se convierte en un intérprete calificado de la evolución social, adaptando sus decisiones a las tendencias emergentes en la opinión pública hasta posicionarse en una función completamente nueva dentro del sistema de gobierno[115].

113. M. RUOTOLO, *Riflessioni sul possibile «seguito» dell'ordinanza n. 97 del 2021 della Corte costituzionale*, in *Sistema Penale*, 28 febbraio 2022; A. PUGIOTTO, *Leggere altrimenti l'ordinanza n. 97 del 2021 in tema di ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/2021, pp. 1169 ss.; A. CARDONE – E. SANTORO, *Ergastolo ostativo e problemi di legittimità costituzionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2/2022, pp. 104 ss.

114. Entre otros, habían previsto este resultado, M. RUOTOLO, *Riflessioni sul possibile «seguito» dell'ordinanza n. 97 del 2021 della Corte costituzionale*, in *Sistema Penale*, 28 febbraio 2022; A. PUGIOTTO, *Leggere altrimenti l'ordinanza n. 97 del 2021 in tema di ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3/2021, pp. 1169 ss.; A. CARDONE – E. SANTORO, *Ergastolo ostativo e problemi di legittimità costituzionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2/2022, pp. 104 ss.

115. Para una comparación entre las distintas posiciones, se remite principalmente a los escritos de G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Questione Giustizia*, 4/2020, pp. 24 ss.; M. P. IADICICCO, *Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative*, in U. ADAMO – R. CARIDÀ – A. LOLLO – A. MORELLI – V. PUPO (a cura di), *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, Napoli 2019, pp. 231 ss.; F. ABRUSCIA, *Assetti istituzionali e deroghe processuali*, in *Rivista AIC*, 4/2020, pp. 282 ss.; E. FURNO, voce *Giudicato costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Aggiornamento, VIII, 2021, pp. 207 ss.

Respectivamente a la situación italiana, para hablar propiamente de un derecho procesal constitucional en sentido estricto, el problema no radica tanto en determinar la existencia de previsiones específicas —que, ciertamente, existen y regulan aproximadamente todos los institutos relevantes— sino más bien establecer su efectividad vinculante para todos los destinatarios, comenzando por la Corte[116]. Comúnmente, la existencia de reglas determinadas y la necesidad de que tales normas sean escrupulosamente respetadas tiende a aumentar en la medida en que el ordenamiento contiene formas de protección de los derechos fundamentales. Con mayor razón, esta necesidad se vuelve imprescindible en el contexto de un juicio concreto, basado en el principio de la incidentalidad, que encuentra en la protección de las posiciones jurídicas subjetivas su finalidad casi exclusiva[117].

Ciertamente, el Tribunal Constitucional es un juez *sui generis*, tanto porque tiene la capacidad de definir autónomamente las reglas aplicables a su propio proceso, como porque, en razón de las competencias que se le atribuyen, tiende cada vez más a ajustar jurisprudencialmente las previsiones procesales a las necesidades del ordenamiento, y finalmente porque sus decisiones, como órgano de clausura del sistema, no están sujetas a ninguna forma de impugnación[118]. Sin embargo, precisamente debido a las indiscutibles peculiaridades que caracterizan sus funciones y estructura, el juez de las leyes debería ajustarse, lo más posible, a sus precedentes, no solo en lo que respecta a las soluciones de fondo, sino también en cuanto a las técnicas

116. A. CELOTTO, *Corte costituzionale e legislatore. Riflessioni sugli interventi normativi volti a limitare l'efficacia nel tempo di decisioni di incostituzionalità*, in F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa. Vincoli alla funzione legislativa*, vol. I, Milano, Giuffré, 1999, pp. 97 ss.; C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro italiano*, 9/1970, pp. 153 ss.; S. RODOTÀ, *La Corte, la politica, l'organizzazione sociale*, in P. BARILE – E CHELI – S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1982, pp. 492 ss.

117. P. FALZEA, Aspetti problematici del seguito legislativo alle sentenze della Corte costituzionale, in A. RUGGERI – G. SILVESTRI (a cura di) *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Milano, 2000, pp. ss.; F. MODUGNO, *La Corte costituzionale italiana oggi*, in AA.VV., *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, vol. I, Padova, Cedam, 1985, pp. 527 ss.; E. CHELI, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna, Il Mulino, 1996, pp. 17 ss.

118. En relación con las peculiaridades que caracterizan el juicio ante el Tribunal constitucional italiano, véanse, entre otros, los escritos de P. BIANCHI, *Il processo costituzionale come work in progress*, in AA.VV., *Rileggendo gli Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-2019). A Roberto Romboli dai suoi allievi*, Torino, 2020, pp. 55 ss.; M. LUCIANI, *Relazione di sintesi*, in E. BINDI – M. PERINI – A. PISANESCHI (a cura di), *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale. Atti del convegno annuale svoltosi a Siena il 8-9 giugno 2007*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 381 ss.; G. P. DOLSO, *Recenti interventi sul processo costituzionale*, in *Diritto pubblico*, 2/2020, pp. 621 ss.

procesales adoptadas, asegurando su aplicación rigurosa y uniforme. En la medida en que el Tribunal Constitucional ha adquirido progresivamente una autoridad y un rol central dentro del sistema institucional, los equilibrios de la forma de gobierno requieren que la Corte actúe —al menos en parte— como un juez en sentido técnico, observando ciertas previsiones precisas e indisponibles[119]. Por otro lado, el carácter especial del derecho procesal constitucional y la necesidad consecuente de continuos ajustes, que consideren adecuadamente tales especificidades, requiere que estos ajustes sean también sostenibles para el ordenamiento, en el sentido de que la desestructuración de las reglas del juicio incidental debe respetar ciertos parámetros predefinidos, esenciales para evitar la alteración irremediable del rol asignado a la Corte[120].

La necesidad práctica de definir normas flexibles que permitan cierta libertad de acción al juez constitucional no debe, por lo tanto, borrar totalmente la necesidad de identificar un umbral mínimo de principios procesales ineludibles, por debajo del cual resultaría incluso inapropiado hablar de un juez y un proceso, siendo más adecuado el enfoque hacia la función y procedimientos típicos de un sujeto político. El carácter jurisdiccional del Tribunal italiano, que se manifiesta principalmente a través de la sujeción al derecho, la fijación de una serie de disposiciones procesales y la obligación de motivar las decisiones sirve para caracterizar el modelo incidental, diferenciando así el control de constitucionalidad de otras formas de control ejercidas, por ejemplo, por el Parlamento o por el Jefe del Estado[121].

En otras palabras, existen límites normativos vinculantes, cuyo incumplimiento puede llevar a una especie de «abuso» del derecho procesal constitucional por parte del Tribunal Constitucional, que trasciende la interpre-

119. Cf. A. RUGGERI, *Sliding doors per la incidentalità nel processo costituzionale (a margine di Corte cost. n. 10 del 2015)*, in *www.forumcostituzionale.it*, 9 aprile 2015; F. DAL CANTO, *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Torino, 2002; V. MARCENÒ, *La sdrammatizzazione del potere creativo della Corte costituzionale nella scelta dei mezzi in funzione dell'*adaequatio *negli scritti di Leopoldo Elia*, in M. DOGLIANI (a cura di), *La lezione di Leopoldo Elia*, Napoli, 2011, pp. 252 ss.

120. Así, entre muchos, R. ROMBOLI, *Relazione introduttiva*, in G. CAMPANELLI – G. FAMIGLIETTI – R. ROMBOLI (a cura di), *Il sistema «accentrato» di costituzionalità, Atti del Seminario del Gruppo di Pisa*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 13 ss.; E. CHELI, *Giustizia costituzionale e sfera parlamentare*, in *Quaderni costituzionali*, 1993; A. RUGGERI, *Giudice o giudici nell'Italia postmoderna*, in *Giustizia insieme*, 2/2019.

121. M. LUCIANI, *La Corte costituzionale nella forma di governo italiana*, in AA.VV., *La Costituzione italiana quarant'anni dopo*, Milano, Giuffré, 1989, pp. 78 ss.; R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale* (2014-2016), Torino, 2017, pp. 35 ss.; A. CERRI, *La giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 4/2001, pp. 1325 ss.

tación extensiva legítima de los institutos correspondientes, con una inevitable repercusión con respecto a la legitimidad de la Corte. La caracterización jurisdiccional del juicio sobre las leyes también sirve para justificar la existencia misma del Tribunal, fundamentando su competencia para excluir del ordenamiento un acto aprobado por los representantes del cuerpo electoral[122]. En este contexto, la «doble vocación» del juez de las leyes no parece ser suficiente, por sí sola, para justificar una aplicación completamente discrecional de las previsiones relacionadas con el proceso incidental. Interpretar creativamente, cuando el texto lo permite, las disposiciones procesales, a la luz de las necesidades sustantivas del proceso constitucional, es algo muy diferente al intento de trastocar esas mismas reglas para perseguir fines metajurídicos. En consecuencia, el respeto a las cánones del proceso impide que se reproche al Tribunal no solo el decidir en lugar del legislador, sino también el haber elegido decidir, qué decidir y cuándo decidir, dado que el material de sus decisiones proviene del exterior[123].

Palpablemente, considerar la observancia de las normas procesales como un valor completamente «interno» a las operaciones de equilibrio realizadas por el juez de las leyes durante su labor interpretativo desmiente la existencia de un derecho procesal constitucional, socavando, en el plano sustantivo, la función atribuida a las reglas del juicio, hasta el punto de privar a las normas en cuestión de cualquier significado jurídico, dado que su violación siempre podría ser justificada mediante el recurso a la razonabilidad de los fines perseguidos o a la proporcionalidad de los medios elegidos[124]. Para que las disposiciones procesales tengan alguna utilidad práctica, es necesario que estas normas reguladoras funcionen como una especie de «marco», capaz de delimitar los límites dentro de los cuales el juez de

122. Según A. RUGGERI, *Fatti interposti nei giudizi di costituzionalità, sacrifici insostenibili imposti ai diritti fondamentali in tempi di crisi economica*, in *Consulta online*, 2/2014, «*il rispetto della pregiudizialità costituzionale non è collocabile su uno dei due piatti della bilancia, semplicemente perché di quella bilancia è ingranaggio indispensabile al suo corretto funzionamento*».

123. Todavia sobre la función de las reglas procesales en el juicio de constitucionalidad G. MONACO, *Dalle «esperienze di giustizia costituzionale» al «giusto processo» costituzionale*, in R. BALDUZZI – M. CAVINO – J. LUTHER (a cura di), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta. Atti del seminario svoltosi a Stresa il 12 novembre 2010*, Torino, 2011, pp. 87 ss.; R. ROMBOLI, *La natura della Corte costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente*, in *Rivista* AIC, 2/2007; A. RUGGERI, *La Corte costituzionale e la gestione sempre più «sregolata» dei suoi processi*, in *Questione giustizia*, 27 luglio 2015.

124. Para una exposición más detallada, véase, entre otros, a M. CARTABIA, *Ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in A. GIORGIS – E. GROSSO – J. LUTHER (a cura di), *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, Torino, 2016, pp. 463 ss.; A. M. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto e società*, 2/1975, pp. 565 ss.; A. RUGGERI, *Principio di ragionevolezza e specificità dell'interpretazione costituzionale*, in *Ars interpretandi*, 1/2002,

las leyes puede ejercer su actividad, de manera similar a los presupuestos del control de constitucionalidad. Solo así será posible controlar efectivamente el comportamiento institucional del Tribunal, identificando estándares de conducta que ofrezcan, en las mismas condiciones y con base en los mismos presupuestos, perspectivas de certeza sobre el uso de los medios procesales tanto para jueces como para ciudadanos.

8. ALGUNAS OBSERVACIONES FINALES

Al concluir esta revisión inevitablemente rapsódica, se puede constatar fácilmente cómo el uso concreto de las técnicas de juicio y las orientaciones jurisprudenciales consolidadas en la aplicación de las diversas disposiciones procesales varían notablemente según los ámbitos de implementación y el tipo de instrumento considerado en cada ocasión. A veces, parece que la Corte se ha aventurado mucho más allá de los límites impuestos por el sistema procesal; en otras, parece que el Tribunal Constitucional haya mostrado una cierta cautela. Incluso, para un mismo ámbito de experiencia, el enfoque adoptado por el juez de las leyes suele adquirir matices diferentes según la perspectiva elegida.

En numerosas ocasiones, la Corte italiana ha demostrado una habilidad para equilibrar sabiamente el factor político y el componente jurisdiccional, especialmente cuando la prevalencia de la visión procesal podría haber llevado a la exclusión sistemática de ciertos ámbitos del control de constitucionalidad. En otros casos, por el contrario, la derogación de las reglas del juicio incidental ha parecido forzada, si no difícilmente justificable, para un órgano que pretende actuar como un juez[125].

Por otra parte —como se ha sostenido en varias ocasiones— existen límites coercitivos a la derogación del derecho procesal constitucional, más allá de los cuales la Corte corre el riesgo de desnaturalizar excesivamente y de manera peligrosa su propia estructura. Asimismo, aunque una interpre-

pp. 261 ss.; L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano 2005, pp. 73 ss.; G. SCACCIA, *Eccesso di potere di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza*, in *Politica del diritto*, 3/1999, pp. 387 ss.; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli 2007, pp. 132 ss.; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, p. 229 ss.

125. A. RUGGERI, *Fonti e norme nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale. L'ordinazione in sistema*, Torino, Giappichelli, 1993, pp. 32 ss.; A. SIMONCINI, *L'avvio della Corte costituzionale e gli strumenti per la definizione del suo ruolo: un problema storico aperto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5/2004, p. 3065 ss.; R. ROMBOLI, *Significato e valore delle disposizioni regolanti il processo davanti alla Corte costituzionale nei più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni dell'Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, 2/1992, pp. 41 ss.

tación flexible del derecho procesal resulta aceptable y probablemente necesaria, dada la función particular del juez constitucional, su elusión programática representa una patología del sistema que, a largo plazo, podría incluso provocar una alteración subrepticia de la forma del Estado y del gobierno[126]. De hecho, cada vez más a menudo, los diferentes institutos procesales han sido concebidos por el mismo Tribunal como herramientas de selección política de las controversias, capaces de ampliar significativamente la competencia del juez constitucional, repensando globalmente su posición dentro de un proceso dirigido principalmente a satisfacer las demandas de abstracción y a proteger el interés general en la constitucionalidad del ordenamiento, en parte sacrificadas por el legislador[127].

Ciertamente, considerar la estructura del juicio de constitucionalidad como una mera oportunidad para plantear un conflicto tiene el mérito apreciable de presentar a la Corte una gama más amplia de cuestiones, permitiéndole desplegar un control normativo que excluya en su totalidad la formación de áreas exentas del control de constitucionalidad; sin embargo, de este modo se justifica la desvinculación de la *quaestio legitimitatis* de la situación concreta que la originó, ampliando considerablemente los perfiles de revisabilidad del Tribunal Constitucional, que podrían incluso abarcar contenidos muy divergentes respecto a los términos de la ordenanza de remisión[128].

En definitiva, la regulación del proceso incidental no debe ser utilizada para decidir si se decide, cómo se decide y cuándo se decide, sino que, sobre todo, las disposiciones procesales deberían siempre situarse fuera del juicio de mérito, sin entrar en balance con otros principios que la cuestión pone en juego. Al renunciar a discernir entre derecho sustantivo y reglas proce-

126. Por ejemplo, A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario II*, cit., pp. 170 ss.; A. PIZZORUSSO, *Sui limiti della potestà normativa della Corte costituzionale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1982, p. 312 ss., R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima «politica» e quella «giurisdizionale»*, cit.

127. En cuanto a la recuperación de los elementos de abstracción del juicio, véanse entre otros A. GUAZZAROTTI, *Le controspinte centrifughe nel sindacato di costituzionalità*, in *Questione giustizia*, 4/2020, pp. 78 ss.; A. RUGGERI, *La Corte costituzionale e il processo incidentale tra regole e regolarità*, cit.; A. SPADARO, *I limiti «strutturali» del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della qlc*, in *Rivista AIC*, 4/2019, pp. 11 ss.

128. V. MARCENÒ, *Il giudice delle leggi in ascolto. Coscienza sociale e giurisprudenza costituzionale.*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2021, pp. 377 ss.; N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della «coscienza sociale»*, cit.; A. CIERVO, *Il giudice delle leggi ei mutamenti della coscienza sociale: un ragguaglio critico della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Politica del diritto*, 4/2019, pp. 523 ss.

sales, se relega a una esfera únicamente política partes enteras de la Constitución[129].

Además, un elemento adicional de novedad en relación al pasado es que la Corte, cuando infringe las normas procesales, ya no intenta justificar su intervención tratando de encuadrarla en los precedentes jurisprudenciales más directos. En cambio, revela abiertamente su decisión, reivindicando su significado e ilustrando detalladamente la solución adoptada caso por caso, con el fin de legitimarse ante la sociedad civil y de acreditar así una visión objetiva de la justicia constitucional en relación con los otros poderes del Estado[130].

Esta especie de libertad respecto a la ley procesal es teorizada por la misma Corte para poder pronunciarse sobre asuntos particularmente sensibles, y va acompañada de una creciente falta de autocontrol con relación a la discrecionalidad legislativa. Justamente aquí se encuentra el núcleo del problema, ya que la incidencia que la jurisprudencia constitucional ejerce sobre el ámbito político, a veces avanzando con decisión, otras reculando prudentemente, produce reflejos significativos en los equilibrios interinstitucionales y en el patrimonio de los derechos fundamentales, redundando en una lesión del principio de separación de poderes[131].

Lo observado hasta aquí no pretende excluir que la Corte pueda innovar en el ámbito procesal, pero sería importante que tales cambios no estén inspirados en la lógica idiosincrática del caso individual, sino que, por el contrario, sean claramente atribuibles a un estándar general, controlable tanto por los ciudadanos como por otros órganos superiores. Desde este punto de vista, es apreciable la decisión de la Corte de racionalizar y formalizar, en el ejercicio de su poder de autonormación, algunas reglas del proceso, porque esta actitud contribuye a hacer más estable y predecible la aplicación de la regla procesal y evita torsiones excesivas de la forma de gobierno, en defensa de las prerrogativas de los otros poderes del Estado.

129. A. PIZZORUSSO, *Uso e abuso del diritto processuale costituzionale*, cit.

130. Cf. C. MASCIOTTA, *Note a margine delle nuove Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2020, pp. 193 ss.; M. NISTICÒ, *Lo sbilanciamento tra diritto costituzionale sostanziale e diritto processuale*, cit.; R. ROMBOLI, *Corte costituzionale e opinione pubblica. Genesi, forme, finalità*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2023, pp. 45 ss.

131. Aunque con enfoques diferentes, se remite a E. CHELI, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2019, pp. 782 ss.; P. GROSSI, *La Corte costituzionale*, in *Nuova antologia*, 1/2018, pp. 619 ss.; R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2019, pp. 757 ss.

De hecho, cabe preguntarse qué sucedería si la Corte, llamada a tratar asuntos políticamente sensibles, no filtrara las cuestiones individuales a través de los correspondientes institutos procesales que regulen el acceso a la justicia constitucional, la fijación del *thema decidendum*, la instrucción y los efectos de las decisiones individuales. Sin estos instrumentos, el juez constitucional, al carecer de una investidura popular directa, podría aparecer como «*desorientado y completamente incapaz de mantenerse firme ante la más mínima tormenta política*» [132].

132. V. ANGIOLINI, *Il processo costituzionale vent'anni dopo*, cit.

Capítulo 9

Votos particulares e independencia de los Tribunales Constitucionales: ¿qué lecciones puede aprender Italia del caso español?

Francesco Biagi
Profesor Titular de Derecho Público Comparado
Departamento de Estudios Jurídicos de la Universidad de Bolonia

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. UNA FORMA EMBRIONARIA DE DISENSO: CUANDO NO COINCIDEN EL JUEZ PONENTE Y EL JUEZ REDACTOR. 3. ¿CÓMO PODRÍA INTRODUCIRSE (POSIBLEMENTE) EL VOTO PARTICULAR? 4. PROS Y CONTRAS DE LA INTRODUCCIÓN DEL DISENSO: EL PESO DEL CONTEXTO. 5. LA «LECCIÓN» ESPAÑOLA. 6. REFLEXIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

Los votos particulares consisten en la posibilidad de que los miembros de un órgano jurisdiccional colegiado hagan público su desacuerdo con la decisión adoptada por la mayoría. El desacuerdo del juez puede referirse al *fallo* (en cuyo caso habrá un voto *discrepante*), o al *fundamento* de la decisión (en cuyo caso habrá un voto *concurrente*). Como es bien sabido, el voto particular es típico de los países de *common law* (*in primis*, Reino Unido y Estados Unidos), pero desde hace tiempo también ha irrumpido con fuerza en los sistemas de *civil law*[1].

1. Entre las recientes publicaciones sobre los votos particulares desde una perspectiva comparada véase, en particular, Kelemen, Katalin, «Dissenting Opinions in

Aunque la institución del *dissent* nunca ha sido aceptada en Italia, su posible introducción en las sentencias de la Corte Constitucional representa uno de los «ríos kársticos»[2] en el debate constitucional. La cuestión se abordó por primera vez durante los debates que condujeron a la adopción de la Ley n.º 87 de 1953 («*Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale*»). Sin embargo, la propuesta de introducir los votos particulares fue rechazada: de hecho, el disenso se consideraba «ajeno a nuestra tradición jurídica»[3], y se señaló que «podría haber conducido, en un país como el nuestro, en el que la vida política está dominada por organizaciones partidistas, (...(a una forma de control de la actividad de los jueces por parte de fuerzas políticas organizadas, control que habría podido afectar fatalmente a la independencia y al prestigio de la Corte»[4]. Posteriormente, fue Costantino Mortati, a mediados de los años sesenta, quien volvió a plantear la cuestión del disenso en el seno de la Corte, coordinando un volumen titulado «*Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*»[5]. En las décadas siguientes, la cuestión siguió siendo abordada por la doctrina[6], además de convertirse en objeto de seminarios sobre el tema en la

---

Constitutional Courts», *German Law Journal*, vol. 14, n.º 8, 2013, pp. 1345 y ss.; Kelemen, Katalin, *Judicial Dissent in European Constitutional Courts. A Comparative and Legal Perspective*, Routledge, Londres, 2018; Di Martino, Alessandra, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo*, Jovene, Napoli, 2016; Ferioli, Elena, *Dissenso e dialogo nella giustizia costituzionale*, Wolters Kluwer – CEDAM, Milano, 2018; Zanon, Nicolò y Ragone, Giada (Coords.), *The Dissenting Opinion. Selected Essays*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019.

2. Pasquino, Pasquale, «Consulta: ci serve l'opinione dissenziente?», *Libertà eguale*, 4 de abril 2024, http://www.libertaeguale.it/consulta-ci-serve-lopinione-dissenziente/

3. Es cierto que no existe una tradición reciente en Italia, pero en realidad hay una más antigua: de hecho, el *dissent* existía, por ejemplo, en los ordenamientos napolitano, estense y toscano durante la época prenapoleónica. Véase Denti, Vittorio, «Per il ritorno al "voto di scissura" nelle decisioni giudiziarie», in Mortati, Costantino (Coord.), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 3-6.

4. Informe de la Comisión presentada el 17 de abril de 1950 sobre el proyecto de ley «*Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale*», Cámara de Diputados, primera legislatura, d.d.l. n. 469-A, p. 34.

5. Mortati, Costantino (Coord.), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, *op. cit.*; véase también su ensayo publicado dos años más tarde, es decir Mortati, Costantino, «Considerazioni sul problema dell'introduzione del "dissent" nelle pronunce della corte costituzionale italiana», in Maranini, Giuseppe (Coord.), *La giustizia costituzionale*, Vallecchi, Firenze, 1966, pp. 155 y ss.

6. Véase, por ejemplo, Rodotà, Stefano, «L'opinione dissenziente dei giudici costituzionali», in *Politica del diritto*, 1979, pp. 637 y ss.; Panizza, Saulle, *L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1998; Zagrebelsky, Gustavo, «La pratique des opinions dissidentes en Italie», *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n.º 8 (Dossier: Débat sur les opinions dissidentes), julio 2000,

propia Corte Constitucional[7]. Tampoco faltaron propuestas legislativas (tanto de leyes ordinarias como de leyes constitucionales) destinadas a introducir el *dissent*, aunque ninguna de ellas tuvo éxito[8]. Además, en algunas ocasiones, la Corte se reunió para abordar formalmente la cuestión, pero siempre prevalecieron las voces contrarias sobre las favorables[9].

Como prueba del interés que sigue suscitando esta cuestión, en los últimos años se han publicado varias contribuciones sobre el tema[10]. Uno de los escritos que ha generado más debate ha sido sin duda el volumen titulado «*Le opinioni dissenzienti in Corte costituzionale. Dieci casi*»[11] de Nicolò Zanon, quien, incluso durante sus años como juez de la Corte Constitucional, no había ocultado su inclinación a la introducción del disenso[12]. La peculiaridad de este libro reside en el hecho de que, además de justificar sus razones a favor del *dissent*, Zanon también ha publicado algunas de sus opiniones discrepantes «póstumas»[13], es decir, opiniones que, en su calidad de juez constitucional, le habría gustado dar a conocer en su momento.

---

https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-pratique-des-opinions-dissidentes-en-italie; Caravita, Beniamino, «E ora introduciamo la dissenting opinion», *Federalismi.it*, n.º 20, 21 de octubre 2009, https://www.federalismi.it/nv14/editoriale.cfm?eid=175

7. Véase Anzon, Adele (Coord.), *L'opinione dissenziente. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 5 e 6 novembre 1993*, Giuffrè, Milano, 1995; véanse también las intervenciones de los jueces Cassese, Gallo y Saulle en otro seminario organizado por la Corte sobre este tema: «L'opinione dissenziente», Palazzo della Consulta, 22 de junio 2009, https://www.cortecostituzionale.it/convegniSeminari.do
8. Sobre las principales propuestas véase Di Martino, Alessandra, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo*, *op. cit.*, pp. 340 y ss., y 369 y ss.
9. Véase Cassese, Sabino, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2015, pp. 290-291.
10. Véase Zanon, Nicolò y Ragone, Giada (Coords.), *The Dissenting Opinion. Selected Essays*, *op. cit.*; Tega, Diletta, «Collegiality over Personality: The Refusal of Separate Opinions in Italy», in Barsotti, Vittoria, et al. (Coords.), *Dialogues on Italian Constitutional Justice. A Comparative Perspective*, Routledge, Londres, 2021, pp. 107 y ss.; ensayos sobre «Giustizia costituzionale e dissenso dei giudici» publicados en *Politica del diritto*, n.º 3, 2022, pp. 345 y ss.; Bergonzini, Giuseppe, «Corte costituzionale, autorevolezza, educazione alla democrazia: oltre l'unanimità e la segretezza?», in Bertolissi, Mario, Bergonzini, Giuseppe, y Tieghi, Giovanna, *Corte costituzionale in pubblico. L'autorevolezza del giudice*, Jovene, Napoli, 2023, pp. 139 y ss.; Zanon, Nicolò, *Le opinioni dissenzienti in Corte costituzionale. Dieci casi*, Zanichelli, Bologna, 2024; Pasquino, Pasquale, «Sulla opinione dissenziente», *Il Mulino*, 21 de enero 2024, https://www.rivistailmulino.it/a/sulla-opinione-dissenziente; Pasquino, Pasquale, «Consulta: ci serve l'opinione dissenziente?», *op. cit.*
11. Zanon, Nicolò, *Le opinioni dissenzienti in Corte costituzionale. Dieci casi*, *op. cit.*
12. Véase Fabozzi, Andrea, «Zanon: È tempo che la Corte faccia conoscere l'opinione dissenziente», *il Manifesto*, 29 de diciembre 2020, https://ilmanifesto.it/e-tempo-che-la-corte-costituzionale-faccia-conoscere-lopinione-dissenziente
13. Zanon, Nicolò, *Le opinioni dissenzienti in Corte costituzionale. Dieci casi*, *op. cit.*, pp. 28-31.

En este capítulo, me gustaría entrar en el debate sobre la posibilidad de introducir el voto particular en las sentencias de la Corte Constitucional italiana. En primer lugar, mostraré cómo dentro de la Corte, cuando no coinciden el juez ponente (*giudice relatore*) y el juez redactor (*giudice redattore*), ya existe una forma embrionaria de disenso (apartado 2). Posteriormente, mostraré cómo la introducción de los votos particulares en las decisiones de la Corte no está asociada en manera alguna a perfiles de legitimidad constitucional, sino que se trata exclusivamente de una cuestión de oportunidad político-legislativa, y daré cuenta también de las formas en que sería posible introducir el disenso (apartado 3). A continuación, repasaré los principales argumentos que pueden esgrimirse a favor y en contra de la introducción del voto particular, señalando cómo, a la hora de razonar sobre esta cuestión, es de capital importancia considerar el contexto específico de cada sistema. En este sentido, trataré de identificar los riesgos que pueden derivarse de la introducción del *dissent* para la independencia y legitimidad (y la *imagen* de independencia y legitimidad) de la Corte Constitucional italiana (apartado 4). Posteriormente, mostraré cómo el caso español parece confirmar estos riesgos, ya que en los últimos años los votos particulares han puesto de manifiesto los *cleavages* políticos e ideológicos existentes en el seno del Tribunal Constitucional, contribuyendo fuertemente a cuestionar su imparcialidad y *auctoritas* (apartado 5). Por último, argumentaré que ni siquiera la opinión individual *anónima*, aunque más adecuada para limitar formas de instrumentalización política, es una opción del todo convincente, y que, por lo tanto, *rebus sic stantibus*, no parece aconsejable introducir el disenso en las decisiones de la Corte Constitucional italiana (apartado 6).

2. UNA FORMA EMBRIONARIA DE DISENSO: CUANDO NO COINCIDEN EL JUEZ PONENTE Y EL JUEZ REDACTOR

La versión original de las «*Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*» adoptadas en 1956 (es decir, aquellas normas procedimentales destinadas a regular (*rectius*: integrar) las dinámicas de funcionamiento de la Corte Constitucional), no permitía conocer la identidad del juez llamado a redactar la sentencia. El apartado 5 del artículo 18 establecía que «(l(os autos y las sentencias serán firmados por el presidente y por todos los jueces, sin mención del juez que los haya redactado». Evidentemente, se trataba de una forma de garantizar el secreto absoluto de los debates en la sala del consejo (*camera di consiglio*) y de la opinión de cada juez. De este modo se garantizaba aún más la independencia de la Corte y se eliminaba

un factor que podía «debilitar, incluso potencialmente, la fuerza moral de sus decisiones» [14].

La regla de no hacer pública la identidad del juez ponente sigue estando prevista en Francia, otro ordenamiento, como Italia, en el que no se admiten los votos particulares. A pesar de que tanto la *Ordonnance nº 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil Constitutionnel* (art. 19), como el *Règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil Constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité* (art. 5) prevén la designación de un ponente para las decisiones del *Conseil Constitutionnel*, su identidad se mantiene en secreto: no se da a conocer en la sentencia, que se limita a mencionar el nombre del Presidente del Consejo Constitucional y de los demás miembros, y no hay forma de localizarla. Esta decisión se explica por un deseo de proteger al ponente de presiones, solicitudes e incluso amenazas que podrían socavar la serenidad de su trabajo [15].

A primera vista, podría parecer que el *Bundesverfassungsgericht* alemán también ha seguido este camino. De hecho, la identidad del juez ponente no se indica en el texto de la sentencia, en cumplimiento del artículo 30 de la Ley del Tribunal Constitucional, que establece que las sentencias del Tribunal están firmadas por todos los jueces que participaron en el proceso decisional. En realidad, es posible rastrear la identidad del ponente, ya que existe un esquema de reparto del trabajo entre los jueces determinado por áreas temáticas (cada juez se ocupa de una rama específica del Derecho o de violaciones de determinados derechos fundamentales...) [16], esquema que está disponible *on-line* en el sitio web del Tribunal [17]. También hay que tener en cuenta que, en el caso de las audiencias públicas, es posible rastrear la identidad del ponente ya que, en la práctica, él se sienta junto al presidente e interviene en el debate. Además, cabe señalar que, al estar previsto el voto particular, los nombres de los jueces que tienen una opinión discrepante están indicados en el texto de la sentencia.

14. Mortati, Costantino, «Prefazione», in Mortati, Costantino (Coord.), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, *op. cit.*, p. VI.
15. Véase de Lamothe, Dutheillet, «Les modes de décision du juge constitutionnel. Rapport français», Séminaire international de justice constitutionnelle organisé par le Centre d'études constitutionnelles et administratives de l'Université catholique de Louvain a`Bruxelles les 6 et 7 décembre 2001, p. 6, https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/pdf/Conseil/modes.pdf
16. Véase Tusseau, Guillaume, *Contentieux constitutionnel comparé. Une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, LGDJ, Paris, 2021, p. 1047.
17. Para el año 2024, el esquema de reparto del trabajo se encuentra aquí: https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Geschaeftsverteilung/gv2024/geschaeftsverteilung_2024_node.html;jsessionid=AB5F8952E675F83253EB9F5FD15FB9CC.internet012

Volviendo al caso italiano, se produjo un cambio significativo con la resolución adoptada por la Corte Constitucional el 7 de julio de 1987 que, al modificar el artículo 18 de las «*Norme integrative*», eliminó la obligación de que todos los jueces firmaran las decisiones, estableciendo que las sentencias y los autos debían ser firmados por el presidente y el juez que los hubiera redactado. El siguiente paso fue el reconocimiento explícito de que el juez *redactor* (aquel que, tras la discusión en la sala del consejo, es llamado a redactar la motivación) puede no coincidir con el juez *ponente* (aquel a quien el presidente ha encomendado el estudio del asunto). De hecho, el actual artículo 20, apartado 4, de las «*Norme integrative*» establece que «(u(na vez efectuada la votación, la redacción de la sentencia o del auto se encomendará al ponente, salvo que, por indisponibilidad u otro motivo, el presidente la asigne a otro u otros jueces». Esta disposición es la más parecida a la *dissenting opinión*, ya que permite al juez ponente no redactar la sentencia si no está de acuerdo con la decisión adoptada por la mayoría de sus colegas. Sin embargo, se trata sólo de una forma *embrionaria* de disenso, ya que no se permite al juez explicar las razones de su desacuerdo[18]. También hay que subrayar que es práctica casi constante que el ponente, aunque disienta, acepte redactar la sentencia (no hacerlo supondría romper la colegialidad), por lo que no se da necesariamente el caso de que el juez ponente pueda contarse entre los verdaderos partidarios de la opinión mayoritaria[19].

En 2021, Beniamino Caravita dedicó un importante trabajo monográfico a los casos en los que no coincidían el juez ponente y el juez redactor en las sentencias de la Corte Constitucional italiana[20]. La investigación muestra que, entre 1988 y 2020, se produjeron 87 casos de este tipo: un número no muy elevado si se consideran las miles de decisiones adoptadas por la Corte durante este tiempo, pero tampoco una «*quantité negligeable*»[21]. Caravita señala las dificultades encontradas para rastrear las verdaderas razones de

18. Véase Panizza, Saulle, «Could There Be an Italian Way for Introducing Dissenting Opinions? The Decision-making Process in the Italian Constitutional Court Through Discrepancies Between the Rapporteur Judge and the Opinion-Writer Judge», in Zanon, Nicolò y Ragone, Giada (Coords.), *The Dissenting Opinion. Selected Essays*, *op. cit.*, pp. 101 y ss.
19. Zagrebelsky, Gustavo, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Giulio Einaudi, Torino, 2005, pp. 72-73.
20. Caravita, Beniamino, *Ai margini della* dissenting opinion*. Lo «strano caso» della sostituzione del relatore nel giudizio costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2021.
21. Caravita, Beniamino, *Ai margini della* dissenting opinion*. Lo «strano caso» della sostituzione del relatore nel giudizio costituzionale*, *op. cit.*, p. 8.

la sustitución del juez ponente, llegando a la conclusión de que no tener un conocimiento real de estas motivaciones: «deja un sabor amargo en la boca»[22]. Por otra parte, sin embargo, se puede argumentar que la posibilidad de sustituir al ponente, si se utiliza (como ocurre ahora) como *extrema ratio*, representa una herramienta que quizá merezca la pena conservar: de hecho, constituye una especie de *exit strategy* para aquellas situaciones particulares y excepcionales en las que «por indisponibilidad u otro motivo» (como indican las propias «*Norme integrative*») sea necesario confiar la redacción de la sentencia a otro miembro de la Corte.

En España, donde los votos particulares están contemplados tanto para la jurisdicción constitucional como para todas las demás jurisdicciones (civil, penal, administrativa...)[23], la falta de coincidencia entre juez ponente y juez redactor está explícitamente prevista en la legislación. De hecho, el artículo 206 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 establece que «(c(uando el ponente no se conformare con el voto de la mayoría, declinará la redacción de la resolución, debiendo formular motivadamente su voto particular. En este caso, el Presidente encomendará la redacción a otro Magistrado (...(». Sin embargo, a pesar de que el artículo 80 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece la supletoriedad de la Ley Orgánica del Poder Judicial[24], en la materia específica relativa a la distribución de ponencias, son la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y la autonomía normativa o procesal del Tribunal las que rigen en esta materia. La práctica del Tribunal ha demostrado ser bastante «flexible»[25] y a menudo se ha desviado de lo dispuesto en el artículo 206 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. De hecho, aunque desde su entrada en funcionamiento en 1980 (y, por tanto, antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Poder Judicial en 1985) hubo casos en los que el magistrado discrepante se abstuvo de redactar la opinión mayoritaria, el análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional muestra que, tanto en el pasado como en la actualidad, hay numerosos casos en los que el magistrado discrepante (por razones que no son siempre fáciles de identificar) es autor tanto de la opinión mayoritaria como de un voto particular.

22. Caravita, Beniamino, *Ai margini della* dissenting opinion*. Lo «strano caso» della sostituzione del relatore nel giudizio costituzionale*, *op. cit.*, p. 83.
23. Articulo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985.
24. Sobre la relación entre la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y las leyes de aplicación supletoria véase Rodríguez-Patrón, Patricia, *La «autonomía procesal» del Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 151-155.
25. Di Martino, Alessandra, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo*, *op. cit.*, p. 291.

3. ¿CÓMO PODRÍA INTRODUCIRSE (POSIBLEMENTE) EL VOTO PARTICULAR?

En el ordenamiento italiano, la introducción de los votos particulares «no tiene contraindicaciones en la normativa constitucional»[26]. La Constitución de 1948 no prohíbe expresamente dicha práctica, por no mencionar el hecho de que el artículo 5 de la Ley Constitucional n.º 1 de 1953 establece que los jueces constitucionales no tienen la obligación de responder de las opiniones que expresen ni de los votos que emitan en el ejercicio de sus funciones, en el supuesto —como se ha señalado— «de que tales opiniones y votos sean (¡puedan ser!) conocidos»[27]. No hay que olvidar que la Corte Constitucional en su sentencia n.º 18 de 1989 —aunque no se ocupó específicamente de las *dissenting opinions*— afirmó que el secreto de las deliberaciones de los órganos jurisdiccionales no era un principio impuesto por la Constitución para proteger la independencia de dichos órganos: «ninguna norma constitucional establece el secreto de las deliberaciones de los órganos judiciales como garantía de su independencia; ni, a tal efecto, impone el secreto sobre la existencia de opiniones discrepantes en el seno del colegio». Por el contrario, según la Corte, el secreto de la sala del consejo constituye «una cuestión de opción legislativa y nada tiene que ver con la garantía de la independencia de los jueces. Debe reiterarse, a este respecto, que la independencia es un valor moral, que se realiza en toda su plenitud precisamente cuando se expresa en la transparencia de la conducta». De todo esto, por tanto, se deduce claramente que la introducción del disenso en las decisiones de la Corte Constitucional italiana no está relacionada en manera alguna a perfiles de legitimidad constitucional, sino que se trata exclusivamente de una cuestión de *oportunidad político-legislativa*.

En cuanto a las formas por las que podría introducirse el voto particular de los jueces constitucionales, existen principalmente tres posibles vías, a las que puede añadirse una cuarta[28]. La primera consiste en la modificación, por la propia Corte, de las «*Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*»; la segunda y tercera vías implican la intervención del legislador, ya sea ordinario o constitucional. Por un lado, es cierto que, sobre todo en los últimos años, a través de la modificación de las «*Norme integrative*», se han adoptado importantes innovaciones en la organización del trabajo de la Corte (es suficiente pensar en las reformas de 2020 y 2022, que

26. Anzon, Adele, «Per l'introduzione dell'opinione dissenziente dei giudici costituzionali», in Anzon, Adele (Coord.), *L'opinione dissenziente. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 5 e 6 novembre 1993*, *op. cit.*, p. 449.
27. Zanon, Nicolò, *Le opinioni dissenzienti in Corte costituzionale. Dieci casi*, *op. cit.*, p. 5.
28. Sobre estas vías véase en detalle Panizza, Saulle, *L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*, *op. cit.*, pp. 180 y ss.

introdujeron nuevas herramientas procesales (*amicus curiae* y audiencia de peritos) y ampliaron el funcionamiento de las ya existentes (intervención de terceros y posibilidad de mayor interlocución en la audiencia))[29], por lo que podría argumentarse que también cabría introducir el disenso por esta vía. Por otro lado, excluir al legislador —por lo menos en la identificación de las líneas esenciales de esta institución (sin perjuicio, obviamente, de la competencia de la Corte para «integrar» mediante normas de desarrollo[30])— arroja no pocas perplejidades: de hecho, admitir el voto particular implicaría una modificación del *status* del juez, lo que exigiría recurrir al menos a la ley ordinaria, si no a la constitucional[31].

La cuarta vía parece la más difícil de seguir, ya que consistiría en la introducción del voto particular directamente por la Corte Constitucional *a través de sus sentencias*; y en una fase posterior podría (posiblemente) seguir su reconocimiento explícito a nivel de «*Norme integrative*» o a nivel de legislación ordinaria o constitucional[32]. Esta opción tendría la ventaja de permitir a la Corte gestionar mejor la manera y los tiempos de utilización del *dissent*; sin embargo, si la introducción de las opiniones individuales a través de la modificación de las «*Norme integrative*» ya suscita cierta perplejidad, las críticas serían aún más pronunciadas si se hiciera por vía judicial.

No hay que olvidar, sin embargo, el caso de Alemania, donde una primera introducción —aunque parcial y esporádica— de los votos particulares tuvo lugar precisamente a través de algunas decisiones del *Bundesverfassungsgericht*. En su dictamen consultivo sobre la Comunidad Europea de Defensa de 8 de diciembre de 1952 (BVerfGE 2, 79), por ejemplo, el Tribunal dio a conocer el resultado de sus deliberaciones, anunciando que la decisión

29. Sobre la posible relación entre la introducción del disenso y la fase actual de «apertura» de la Corte Constitucional a las nuevas prácticas de comunicación, véase Repetto, Giorgio, «Comunicazione, *dissent*, collegialità: un'ipotesi di lettura del momento attuale della Corte costituzionale», in Cassetti, Luisa et al. (Coords.), *Scritti in memoria di Beniamino Caravita di Toritto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2024, pp. 1015 y ss.

30. Anzon, Adele, «Per l'introduzione dell'opinione dissenziente dei giudici costituzionali», *op. cit.*, p. 454.

31. La referencia es al artículo 137 de la Constitución, que establece: «Una ley constitucional establecerá las condiciones, las formas y los plazos para la interposición de los recursos de inconstitucionalidad, así como las garantías de independencia de los magistrados de la Corte. Se establecerán por ley ordinaria las demás normas necesarias para la constitución y el funcionamiento de la Corte. (…(».

32. Sobre la introducción del voto particular a través de las sentencias de la Corte Constitucional véase Romboli, Roberto, «L'introduzione dell'opinione dissenziente nei giudizi costituzionali: strumento normativo, aspetti procedurali e ragioni di opportunità», in Anzon, Adele (Coord.), *L'opinione dissenziente. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 5 e 6 novembre 1993*, *op. cit.*, p. 80.

había sido adoptada por una mayoría de veinte votos contra dos. En el dictamen no se indicaban los motivos del desacuerdo ni la identidad de los jueces que habían expresado un voto discrepante. Sin embargo, en los días siguientes, uno de los jueces disidentes, Willi Geiger, publicó su opinión, alegando que podía hacerlo porque la decisión del Tribunal consistía en una mera «resolución» (*Beschluss*) y no en una verdadera «sentencia» (*Urteil*). Otra decisión importante del *Bundesverfassungsgericht* fue la de 5 de agosto de 1966 (BVerfGE 20, 162), conocida como el «caso Spiegel», relativa al registro de los locales de la revista *Der Spiegel*. La Sala Primera se encontró en un punto muerto: de hecho, cuatro jueces consideraban que no había sido respetada la libertad de prensa garantizada por el artículo 5 de la Ley Fundamental, mientras que los otros cuatro mantenían que no había habido ninguna violación. Además, en esta situación de empate, la Ley del Tribunal Constitucional excluye la posibilidad de declarar inconstitucional la norma. En esta sentencia se publicaron las opiniones de ambas posturas surgidas en la tramitación del caso, aunque no se indicaron los nombres de los cuatro magistrados de ambos bandos.

Estas (y otras[33]) decisiones del *Bundesverfassungsgericht* representaron sin duda un paso importante hacia la introducción del *Sondervotum* (literalmente «voto especial»). De hecho, en 1968, la cuadragésima séptima asamblea de los juristas alemanes (*Deutscher Juristentag*) se dedicó precisamente al tema del voto particular. La posición final de la asamblea fue clara: con 371 votos a favor y 31 en contra, los juristas alemanes apoyaron la necesidad de legitimar el voto separado. Así se llegó al 12 de diciembre de 1970, fecha en la que el Parlamento aprobó la modificación de la Ley del *Bundesverfassungsgericht*, introduciendo el *Sondervotum*[34]. De hecho, el apartado 2 del artículo 30 de la Ley dispone que «cada juez podrá expresar su opinión discrepante respecto al fallo o a los fundamentos de la decisión mediante un voto especial; el voto especial deberá adjuntarse a la decisión. Las Salas podrán indicar los resultados de las votaciones en sus decisiones. Las normas de desarrollo se regirán por el reglamento interno».

4. PROS Y CONTRAS DE LA INTRODUCCIÓN DEL DISENSO: EL PESO DEL CONTEXTO

En la actualidad, la mayoría de los sistemas de justicia constitucional en Europa han previsto el uso de la opinión separada. Entre los países en los que no se permite el uso del *dissent* se encuentran Austria, Bélgica,

33. Véase, por ejemplo, la decisión de 23 de abril de 1969 (BVerfGE 25, 352).
34. Véase Di Martino, Alessandra, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo*, *op. cit.*, pp. 233 y ss.

Francia, Italia, Luxemburgo y Malta. En algunos ordenamientos, como Bélgica, Francia e Italia, el voto particular ha sido excluido *ab origine*, y esta decisión no se ha modificado desde entonces. En otros, como Alemania, Lituania y Rumanía, las opiniones individuales han sido excluidas en una primera fase, para ser legitimadas posteriormente. Por último, hay países que han permitido el uso de los votos particulares desde el principio: es el caso, por ejemplo, de España, Portugal y la mayoría de los países de Europa Central y Oriental[35]. En el ámbito supranacional, el disenso está previsto para las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, mientras que no se admite para las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea[36].

Los argumentos esgrimidos a favor y en contra de la introducción de las opiniones individuales son numerosos y de diferente naturaleza. Entre los argumentos más importantes a favor se encuentran, en resumen, los siguientes. El voto particular no sólo puede enriquecer el debate público y académico y garantizar una mayor transparencia del proceso decisional, sino que también es una expresión del derecho constitucionalmente garantizado a expresar libremente el propio pensamiento. En este sentido, es una forma de liberar al juez de la «camisa de fuerza» que le impone el secreto del voto. El *dissent,* además, puede estimular a los demás miembros del órgano colegial a profundizar las cuestiones sometidas y a rebatir las tesis minoritarias, con lo que la profundidad del fundamento de la decisión puede verse reforzada. Hay también que considerar el hecho de que los votos particulares pueden ser pioneros o precursores, anticipando futuros cambios en la doctrina del tribunal: la opinión minoritaria de hoy puede convertirse así en la opinión mayoritaria de mañana. La ausencia del *dissent*, en cambio, corre el riesgo de dar lugar a decisiones basadas en compromisos a la baja, es decir, de producir efectos negativos en la calidad del *reasoning* de la decisión cuando en la opinión mayoritaria se incluyen también partes de las tesis minoritarias: esto puede generar posiciones difíciles de conciliar, lo que afecta negativamente a la *ratio decidendi*. Cabe añadir que la eficacia y la fuerza de una sentencia no dependen tanto del número

35. Sobre esta tripartición, aunque basada en razones parcialmente diferentes, véase Ferioli, Elena, *Dissenso e dialogo nella giustizia costituzionale*, *op. cit*., p. 173.

36. Sobre los votos particulares en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos véase Rivière, Florence, Les opinions séparées à la Cour européenne des droits de l'homme, Bruylant, Bruxelles, 2004; Crivelli, Elisabetta, «L'opinione dissenziente nella prassi della Corte di Strasburgo», in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, ESI, Napoli, 2016, pp. 673 y ss.; Raimondi, Guido, «Advantages and Risks of Separate Opinions from the Point of View of the European Court of Human Rights», in Zanon, Nicolò y Ragone, Giada (Coords.), *The Dissenting Opinion. Selected Essays*, *op. cit*., pp. 141 y ss.

de votos favorables obtenidos, sino más bien del conocimiento de las opiniones que la sustentan, incluidas las discrepantes. En términos más generales, el voto particular puede mejorar la calidad democrática del ordenamiento en su conjunto al mostrar a los ciudadanos las diferentes orientaciones dentro del colegio, permitiéndoles así comprender mejor el camino que llevó al tribunal a adoptar una decisión determinada. La opinión individual, en otras palabras, puede producir una especie de efecto pedagógico.

En cambio, entre los principales argumentos en contra de la introducción del disenso, es posible mencionar brevemente los siguientes. En primer lugar, el voto particular puede reducir la «fuerza» de la sentencia, ya que muestra la falta de unidad del colegio sobre la cuestión. Esto también puede tener un impacto negativo sobre la autoridad y legitimidad del tribunal en su conjunto. Además, el disenso puede obstaculizar la comprensión de la decisión por parte de otros tribunales, autoridades políticas y ciudadanos. La ausencia de opiniones discrepantes, por el contrario, hace más clara la decisión del tribunal y contribuye a que parezca más «definitiva». Los votos particulares también pueden dificultar la aplicación y el cumplimiento de la sentencia por parte de la sociedad y de las instituciones, haciendo más compleja su eficacia. Además, el *dissent* puede dificultar el diálogo entre los jueces: de hecho, cada miembro del colegio tiene un mayor incentivo para ceñirse a su propia opinión, prestando menos atención a la de los demás. Al dificultar ese diálogo, el voto particular no sólo corre el riesgo de obstaculizar la búsqueda y el logro del consenso dentro del colegio, sino que, en los casos más extremos, puede poner en peligro la propia unidad del tribunal. Otro factor a tener en cuenta se refiere a la personalidad de los jueces. La posibilidad de expresar públicamente los votos particulares corre el riesgo de convertir al tribunal en un lugar no sólo de disputas doctrinales, sino también de polémicas de carácter personal. Esta posibilidad, además, puede inducir a ciertos jueces —por su vanidad— a tratar de destacar y realzar su reputación personal, lo que va en detrimento de la dimensión colegial. A todo esto, se añade el hecho de que el secreto de las deliberaciones puede ser un importante factor de protección contra las injerencias externas, protegiendo la independencia de la institución. De hecho, los votos particulares pueden reflejar las opiniones políticas de sus autores y facilitar así la «categorización» de los jueces (por ejemplo, «conservadores» y «progresistas», como se demostrará más adelante analizando el caso del Tribunal Constitucional español). De hecho, es posible que un juez, nombrado por un determinado actor político, se sienta obligado a mostrar su gratitud y lealtad expresando (o no) un voto discrepante para complacer a la persona que lo nombró, quizás incluso con la esperanza de ser de alguna manera «recompensado» en el futuro (por ejemplo, a través de un nuevo

nombramiento prestigioso una vez que deje de ser juez constitucional). Esto aumenta el riesgo de una politización de las decisiones: de hecho, los votos particulares pueden ser percibidos por los ciudadanos como una manifestación de opiniones no sólo de carácter técnico-jurídico, sino también de naturaleza política. El riesgo es, por tanto, que el tribunal constitucional funcione —o se perciba que funcione— según la lógica típica de una asamblea parlamentaria, por «bloques ideológicos», lo que obviamente daña su credibilidad y su imagen de imparcialidad e independencia. El secreto de las deliberaciones, en cambio, contribuye a garantizar el prestigio y la *auctoritas* del tribunal.

A partir de esta breve recapitulación de los principales argumentos a favor y en contra del disenso, es muy difícil no estar de acuerdo con lo que afirmó la Comisión de Venecia en su *Report on Separate Opinions of Constitutional Courts*, a saber, que existen argumentos igualmente válidos en un sentido y en otro[37]. El aspecto fundamental que queremos destacar aquí es que estos argumentos *nunca deben ser considerados en términos abstractos*, sino que necesariamente deben situarse en el contexto y en la realidad social de cada ordenamiento. Por lo tanto, son las peculiaridades de cada sistema las que deben determinar la decisión de adoptar o no la expresión pública del disenso, así como sus formas y modalidades. En consecuencia, no parece útil preguntarse, en general, si el disenso judicial debe o no ser garantizado. Lo que vale la pena razonar, más bien, son las ventajas y desventajas del voto particular *para un determinado tribunal constitucional en un contexto específico*. Por lo que respecta al caso de Italia, ¿cuáles podrían ser los efectos, *rebus sic stantibus*, de la introducción del *dissent* en las sentencias de la Corte Constitucional?

El contexto en el que opera el juez constitucional italiano es altamente divisivo, caracterizado por graves y preocupantes fracturas a nivel social y político. El fenómeno del populismo ha contribuido sin duda a exacerbar esta polarización: de hecho, ha llevado a una afirmación cada vez más fuerte de la dialéctica *amicus-hostis*, en la que se produce una deslegitimación sistemática de todos aquellos que tienen opiniones diferentes (hasta el punto de considerarlos enemigos, y no sólo adversarios)[38]. Pese a actuar en un

37. «There are valid arguments for and valid arguments against having separate opinions in courts with constitutional jurisdiction»: Comisión de Venecia, *Report on Separate Opinions of Constitutional Courts* (Opinion n. 932/2018, de 17 de diciembre de 2018), p. 17, https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2018)030-e).

38. Sobre el fenómeno populista en Italia véase Martinico, Giuseppe, *Filtering Populist Claims to Fight Populism. The Italian Case in a Comparative Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021; Delledonne, Giacomo, et al., *Populismo e Costituzione. Una prospettiva giuridica*, Mondadori, Milano, 2022.

contexto tan «enfermo», la Corte Constitucional goza en general, en cambio, de «buena salud» (sobre todo si se compara con otras instituciones en crisis evidente, como el Parlamento o el Gobierno). Sin ánimo de idealizar su imagen, y sin menospreciar algunos graves problemas que la afectan (entre ellos, se señalan en particular las ineficiencias y los riesgos derivados de la persistente falta de elección del decimoquinto juez constitucional[39]), la Corte, al menos por el momento, sigue siendo un órgano plenamente enraizado en la arquitectura institucional, efectivamente autónomo, independiente e imparcial (y que además *parece serlo*), sin especiales problemas de legitimidad. Según Diletta Tega, en la fase actual la Corte parece haber fortalecido aún más las bases de su propia legitimidad:

«aquella que *a priori* se basa en la Constitución (...) y en la necesidad de su defensa (la Constitución como límite al poder); aquella que *a posteriori* se deriva de su *sabiduría*, de cómo ejerce sus poderes y argumenta sus decisiones, del respeto a los límites que el propio Tribunal encuentra (incluido el del denominado *self-restraint*), pero también de la capacidad mayéutica para identificar valores constitucionales; aquella que se construyó a través de relaciones directas con la opinión pública y gracias al consenso del cuerpo social; aquella, finalmente, que se ha ido desarrollando en paralelo a la Presidencia de la República. De hecho, en los últimos años parece que, en varias ocasiones, las dos instituciones de garantía, enfrentadas a crecientes dificultades del sistema político e institucional, han compartido no sólo una cierta consonancia sobre la visión constitucional, sino también una confianza considerable por parte de la opinión pública y un incremento de sus funciones»[40].

En un contexto sociopolítico tan polarizado como el italiano, el principal riesgo de introducir el disenso en las sentencias de la Corte Constitucional sería él de favorecer la politización del órgano, riesgo que parece aún más evidente hoy en día si se tiene en cuenta el peligro de que los cinco magistrados de extracción parlamentaria sean identificados no tanto (o al menos no sólo) en función de sus méritos profesionales, sino más bien en función

39. Véase Caruso, Corrado, y Faraguna, Pietro, «La Corte costituzionale a ranghi ridotti: inefficienze e rischi derivanti dalla perdurante mancata elezione del quindicesimo giudice costituzionale», *Giustizia insieme*, 29 de julio 2024, https://www.giustiziainsieme.it/it/costituzione-e-carta-dei-diritti-fondamentali/3222-la-corte-costituzionale-a-ranghi-ridotti-inefficienze-e-rischi-derivanti-dalla-perdurante-mancata-elezione-del-quindicesimo-giudice-costituzionale-corrado-caruso-pietro-faraguna

40. Tega, Diletta, «El Tribunal Constitucional italiano: un balance de su trayectoria y sus retos actuales», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 53, 2024, pp. 133-134 (énfasis en el texto).

de su orientación ideológica[41]. De esta manera, los votos particulares podrían poner de manifiesto los *cleavages* políticos e ideológicos existentes dentro de la Corte: estos votos recordarían así a los que existen en el seno de una asamblea parlamentaria y, por tanto, correrían el riesgo de ser percibidos por los ciudadanos como la expresión de una ideología política, debilitando el carácter técnico, imparcial y neutral que debería tener este órgano. Como se verá en el siguiente apartado, el caso del Tribunal Constitucional español parece confirmar las preocupaciones expuestas.

5. LA «LECCIÓN» ESPAÑOLA

España se caracteriza por un contexto muy similar al italiano, con una polarización muy fuerte de la sociedad y de la política[42]. Lo que es completamente diferente es el estado actual de los respectivos órganos de justicia constitucional, ya que el Tribunal Constitucional español, a diferencia del italiano, atraviesa desde hace tiempo una profunda crisis de legitimidad. En parte, las razones que explican esta crisis hay que buscarlas en el incumplimiento de ciertas reglas no escritas relativas a su composición. La primera se refiere al hecho de que los magistrados, para ser nombrados miembros del Tribunal Constitucional, deben haber alcanzado la categoría de magistrado del Tribunal Supremo, con el fin de garantizar su excelencia profesional. La otra regla no escrita exige que, a la luz de las funciones específicas que ejerce el Tribunal Constitucional, la mayoría de sus miembros procedan de la Academia. Actualmente, no se respeta ninguna de estas dos reglas: de hecho, los profesores universitarios son una clara minoría, y entre los magistrados, sólo unos pocos proceden del Tribunal Supremo[43].

Sin embargo, las principales razones de la pérdida de *auctoritas* del Tribunal Constitucional español tienen que ver con las formas en que se aplica el procedimiento de nombramiento. Como es bien sabido, el Tribunal está compuesto por doce miembros nombrados por el Rey: cuatro son propuestos por el Congreso de los Diputados con una mayoría de tres quintos, cuatro por el Senado con la misma mayoría, dos por el Gobierno y dos por el Consejo General del Poder Judicial (Art. 159 Const.). La participación de

41. Véase Caruso, Corrado, y Faraguna, Pietro, «La Corte costituzionale a ranghi ridotti: inefficienze e rischi derivanti dalla perdurante mancata elezione del quindicesimo giudice costituzionale», *op. cit.*

42. Véase Miller, Luis, *Polarizados. La política que nos divide*, Deusto, Barcelona, 2023; Olivas Osuna, José Javier, «Populismo en España: Fundamentos teóricos y relatos dominantes», *Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, vol. 23, n.º 47, 2021, pp. 371 y ss.

43. Tajadura, Javier, «El futuro del Tribunal Constitucional», *El Mundo*, 19 de enero 2023, https://www.elmundo.es/opinion/2023/01/19/63c7d92521efa0fc398b4570.html

diferentes instituciones en el procedimiento de nombramiento y la mayoría cualificada de tres quintos para la elección de los jueces por el Parlamento son, evidentemente, herramientas destinadas a fortalecer la autonomía e independencia de este órgano. Aunque al principio los procedimientos de nombramiento no han planteado especiales problemas, a lo largo del tiempo se han convertido cada vez más en la manzana de la discordia entre las fuerzas políticas[44]. En los últimos años los partidos han mostrado a menudo que «(p(refieren antes jueces predecibles en sus votos que excelentes en sus razones y conocimientos»[45]. Con el fortalecimiento del fenómeno de la colonización partidista o «lotización» (fenómeno que también ha afectado al Consejo General del Poder Judicial[46]), la situación se ha agravado aún más: de hecho, desde hace algún tiempo los jueces constitucionales son seleccionados por las dos cámaras sobre la base de un sistema de cuotas, determinado por la fuerza parlamentaria de los partidos. Y una vez «pactado el "lote" que corresponde a cada formación, cuántos "le tocan", cada grupo escoge libremente a sus candidatos, renunciando a cuestionar la idoneidad de los demás agraciados»[47]. A esta práctica, sin duda cuestionable, se añade el hecho de que, en la renovación parcial de los miembros del Tribunal Constitucional a finales de 2022, el Gobierno de Pedro Sánchez, por primera vez en la historia de España, nombró como magistrados constitucionales a dos personas directamente vinculadas a su administración: un ex ministro, Juan Carlos Campo, y una ex directora general, Laura Díez Bueso[48]. Como era fácilmente previsible, la combinación de estos factores ha contribuido a trasladar a la opinión pública la imagen de fuerte politi-

44. Véase Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1993, pp. 443 y ss.
45. García Roca, Javier, «Encuesta sobre el Tribunal Constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 53, 2024, p. 28.
46. Véase Vidal Prado, Carlos, «Crisi istituzionale in Spagna: il rinnovo frustrato del *Consejo General del Poder Judicial* e del *Tribunal Constitucional*», *federalismi.it*, 28 de diciembre 2022, pp. 1 y ss., www.federalismi.it; Martín Guardado, Sergio, «Polarización política y crisis en la renovación del Consejo General del Poder Judicial», *Revista de Derecho Político*, n.º 117, 2023, pp. 133 y ss.; Vidal Marín, Tomás, «Una propuesta conciliadora para la designación de los miembros del Consejo General del Poder Judicial: la necesaria despolitización del mismo y la superación de las situaciones de bloqueo», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 51, 2023, pp. 347 y ss.
47. Bilbao Ubillos, Juan María, «Encuesta sobre el Tribunal Constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 53, 2024, p. 22.
48. Véase Romero, Juanma, «El Gobierno elige al exministro Juan Carlos Campo y a la exasesora de Moncloa Laura Díez para renovar el Constitucional», *El Independiente*, 29 de noviembre 2022, https://www.elindependiente.com/espana/2022/11/29/el-gobierno-elige-al-exministro-juan-carlos-campo-y-a-la-exasesora-de-moncloa-laura-diez-para-renovar-el-constitucional/

zación del Tribunal Constitucional, dividido en dos bloques (actualmente hay siete magistrados «progresistas» y cinco «conservadores»), como «si estuviéramos en una Cámara parlamentaria en miniatura, con una mayoría y una minoría que replican fielmente la dialéctica partidista, y la jurisdicción constitucional fuese la continuación de la política por otros medios»[49]. Todo esto ha arruinado notablemente la imagen de independencia y neutralidad del Tribunal, además de comprometer su credibilidad y *auctoritas*.

Es aquí donde entran en juego los votos particulares. En general, estos votos son considerados en España como la máxima expresión de la naturaleza pública del proceso, necesarios para garantizar la transparencia y el carácter democrático del proceso decisional, así como una herramienta para favorecer la comprensión y la aceptación pública de la justicia constitucional. Las opiniones particulares también son valoradas por su capacidad de anticipar futuros cambios en la doctrina de los tribunales. Este *deferencia* con el disenso judicial se explica, en primer lugar, por razones históricas. De hecho, el *dissent* fue previsto por primera vez por las Ordenanzas de Medina de 1489, que establecían que los jueces documentaran sus votos, incluidos los discrepantes, en un libro secreto. Posteriormente, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (art. 367) y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 (art. 156) regularon los votos separados. También el antecesor del actual Tribunal Constitucional —es decir, el Tribunal de Garantías Constitucionales, previsto por la Constitución de la Segunda República de 1931— preveía la institución de los votos particulares[50].

A la luz de estos precedentes, no es de extrañar que la opinión individual siga siendo ampliamente utilizada en el país. Los votos particulares en las decisiones del Tribunal Constitucional están previstos directamente por la Constitución de 1978 (art. 164): ellos incluyen, según lo que establece la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 1979 (art. 90 c. 2), tanto los votos discrepantes *como* los votos concurrentes. Fueron sobre todo los diputados socialistas —y en particular Gregorio Peces-Barba— quienes apoyaron con fuerza, durante el proceso constituyente, la necesidad de incluir el *dissent* en las sentencias del Tribunal Constitucional[51]. Y algunos años más tarde, en 1985, la Ley Orgánica del Poder Judicial introdujo el disenso también para todas las demás jurisdicciones. Por lo tanto, los votos particulares están

49. Bilbao Ubillos, Juan María, «Encuesta sobre el Tribunal Constitucional», *op. cit*., p. 22.
50. Véase Cascajo Castro, José Luis, «La figura del voto particular en la jurisdicción constitucional española», *Revista española de derecho constitucional*, n.º 17, 1986, pp. 171 y ss.
51. Véase Cascajo Castro, José Luis, «La figura del voto particular en la jurisdicción constitucional española», *op. cit*., p. 181.

fuertemente arraigados en el contexto español y gozan de un amplio consenso en la comunidad científica[52].

Sin embargo, cabe destacar el hecho de que en los últimos tiempos estos votos han sido objeto de duras críticas tanto por parte de ex magistrados constitucionales como de la doctrina. La razón principal es que estas votaciones no sólo permitirían comprobar si los magistrados votaron o no de acuerdo con la sensibilidad política de quienes les nombraron (permitiendo así una especie de «control externo» de las votaciones), sino que también mostrarían claramente las divisiones ideológicas existentes en el seno del Tribunal Constitucional (magistrados «progresistas» vs. magistrados «conservadores»). Por ejemplo, según Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, ex presidente del Tribunal Constitucional, el reconocimiento del voto particular no es aconsejable ya que «permite identificar mayorías y minorías, identificar quiénes las componen, definir bloques ideológicos y predecir el sentido del voto», lo que «refuerza la imagen de politización (del Tribunal y(merma su legitimidad social»[53]. En su opinión, uno de los aspectos que más ha dañado el prestigio y la autoridad del Tribunal ha sido «un gráfico utilizado frecuentemente por la prensa que dividía al Tribunal en sendos bloques, el de magistrados progresistas y el de conservadores, y explicaba y predecía de esta forma el sentido del voto»[54]. En una línea similar, Gerardo Ruíz-Rico Ruíz ha señalado que la «polarización ideológica interna que sufre actualmente el Tribunal conlleva el riesgo añadido de aumentar la dosis de previsibilidad sobre aquellas decisiones del Tribunal en donde estén en juego las dos visiones jurisprudenciales antagónicas que se defienden de la norma fundamental», es decir, la «progresista» y la «conservadora»[55]. Además, según César Aguado Renedo, a la luz del contexto de «de

52. Sobre la reglamentación del voto particular véase Cascajo Castro, José Luis, «La figura del voto particular en la jurisdicción constitucional española», *op. cit*., pp. 171 y ss.; Rolla, Giancarlo, *Indirizzo politico e Tribunale costituzionale in Spagna*, Jovene, Napoli, 1986, pp. 149 y ss.; Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *El voto particular*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1990; Cámara Villar, Gregorio, *Votos particulares y derechos fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional español (1981-1991)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993; Freixes, Teresa «La pratique des opinions dissidentes en Espagne», *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n.º 8 (Dossier: Débat sur les opinions dissidentes), julio 2000, https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-pratique-des-opinions-dissidentes-en-espagne

53. Pérez de los Cobos Orihuel, Francisco, «Los votos particulares en la experiencia del Tribunal Constitucional español», in Zanon, Nicolò y Ragone, Giada (Coords.), *The Dissenting Opinion. Selected Essays*, *op. cit*., p. 122.

54. *Ibidem*.

55. Ruíz-Rico Ruíz, Gerardo, «Encuesta sobre el Tribunal Constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 53, 2024, p. 86.

neto enfrentamiento entre las fuerzas políticas»[56], los votos particulares presentan desde hace tiempo «más inconvenientes que ventajas»[57].

Obviamente son los casos más controvertidos y sensibles desde el punto de vista político-ideológico los que muestran de manera más evidente las fracturas en el seno del Tribunal Constitucional. Es suficiente pensar, por referirnos a las decisiones más recientes, en el caso relativo a la interrupción voluntaria del embarazo (sentencia n.º 44/2023) y en el «caso de los ERE» (sentencia n.º 93/2024). En estos casos, el Tribunal se partió en dos: por un lado, la «mayoría progresista» formada por siete magistrados y, por otro, el «bloque conservador» formado por los cuatro miembros restantes. (De hecho, cabe recordar que durante algún tiempo el Tribunal funcionó con once magistrados en lugar de doce: en julio de 2022 Alfredo Montoya dimitió por motivos de salud, y fue sustituido dos años después por José María Macías. Dado que Macías es considerado una voz conservadora, la mayoría progresista sigue estando formada por siete miembros, mientras que el ala conservadora ha pasado de cuatro a cinco miembros[58]).

La decisión en el «caso de los ERE» (uno de los casos de presunta corrupción más graves de la historia de España) es quizá el que más claramente mostró la politización del Tribunal Constitucional y la división existente en su seno. De hecho, en esta sentencia —a la que siguieron muchas otras similares siempre relativas al «caso de los ERE»— el Tribunal (*rectius*: su mayoría progresista) revocó una serie de condenas (por prevaricación, malversación y otros delitos) que habían afectado a varios miembros de la Junta de Andalucía, gobernada por el Partido Socialista Obrero Español[59]. Numerosos constitucionalistas han subrayado, con razón, cómo el Tribunal Constitucional, al ofrecer su interpretación de las leyes penales, había invadido la esfera de competencias reservadas al Tribunal Supremo, cuando en cambio al juez constitucional le hubiera correspondido exclusivamente verificar si se habían vulnerado derechos fundamentales en el

56. Aguado Renedo, César, «Encuesta sobre el Tribunal Constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 53, 2024, p. 44.
57. Aguado Renedo, César, «Encuesta sobre el Tribunal Constitucional», *op. cit.*, pp. 43-44.
58. Brunet, José María, «El sector conservador del Constitucional gana un voto con la incorporación de José María Macías como magistrado», *El País*, 29 de julio 2024, https://elpais.com/espana/2024-07-29/el-sector-conservador-del-constitucional-gana-un-voto-con-la-incorporacion-de-jose-maria-macias-como-magistrado.html
59. Brunet, José María, «El Constitucional anula de forma parcial la condena a la exministra socialista Magdalena Álvarez por el "caso de los ERE"», *El País*, 19 de junio 2024, https://elpais.com/espana/2024-06-19/el-constitucional-anula-de-forma-parcial-la-condena-por-prevaricacion-a-la-exministra-magdalena-alvarez.html

curso del proceso penal[60]. Debido a estas sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, Javier Tajadura Tejada ha subrayado el «riesgo de una subversión del Estado de Derecho»[61] en el país.

El «caso de los ERE» destaca también por la polémica decisión adoptada por el presidente del Tribunal Constitucional, Cándido Conde-Pumpido, de no publicar en la nota de prensa las razones por las que los cuatro magistrados «conservadores» habían decidido no votar a favor de la opinión mayoritaria[62]. Además, parece que esta decisión —sin precedentes en la historia del Tribunal— no se limita a este caso, sino que a partir de ahora las opiniones discrepantes no se harán públicas hasta que los votos particulares se hayan redactado y firmado, momento en el que se publicarán en su integridad[63]. Entre los diversos aspectos problemáticos de la decisión de Conde-Pumpido, destaca el hecho de que ella supondrá un distanciamiento aún mayor del Tribunal con respecto a la sociedad civil: de hecho, como es bien sabido, ante la complejidad y la extensión de las sentencias dictadas por este órgano, los ciudadanos —en el mejor de los casos— se limitan a leer sus notas de prensa, o las partes de ellas recogidas por los medios de comunicación.

Como prueba de la temporada muy compleja que atraviesa el *dissent* en España, consideremos, por último, los datos estadísticos[64]. Tomando en consideración únicamente las sentencias (excluyendo, por tanto, autos y declaraciones), desde 1980 (año de entrada en funcionamiento del Tribunal Constitucional) hasta febrero de 2024, el Tribunal dictó 9396, y en 7879 casos no hubo ningún voto particular. El disenso, por tanto, tuvo una incidencia del 16,14%. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que en los últimos años se ha producido un aumento considerable de la opinión individual. De

60. Serrato, Fran, «Los juristas acusan al Constitucional de "invadir competencias" del Supremo en el "caso ERE"», *The Objective*, 22 de junio 2024, https://theobjective.com/espana/tribunales/2024-06-22/juristas-constitucional-competencias-supremo-ere/
61. Tajadura Tejada, Javier, «La aplicación de la amnistía y sus excepciones», *El Correo*, 3 de julio 2024, https://www.elcorreo.com/politica/javier-tajadura-tejada-aplicacion-amnistia-excepciones-20240703000435-nt.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.elcorreo.com%2Fpolitica%2Fjavier-tajadura-tejada-aplicacion-amnistia-excepciones-20240703000435-nt.html
62. Jamardo, María, «Conde-Pumpido censura los votos críticos en la nota de prensa sobre la sentencia que borra la malversación de los ERE», *El Debate*, 2 de julio 2024, https://www.eldebate.com/espana/20240702/condepumpido-censura-votos-criticos-nota-prensa-sobre-sentencia-borra-malversacion-ere_210111.html
63. Jamardo, María, «Conde-Pumpido censura los votos críticos en la nota de prensa sobre la sentencia que borra la malversación de los ERE», *op. cit.*
64. Las estadísticas oficiales no son públicas. Las cifras que cito me las facilitó amablemente un letrado del Tribunal Constitucional, a partir de las cuales yo deduje los porcentajes.

hecho, desde 2010 la tasa del disenso ha aumentado hasta el 24,65%. Incluso en 2023, de 190 sentencias dictadas por el Tribunal, en 86 casos hubo al menos un voto particular, con una tasa del disenso del 45,26%. A la vista de estos datos, parece difícil negar el uso excesivo que se está haciendo actualmente de esta herramienta, transformándola de excepción —cuando el juez realmente no puede guardar silencio sobre su oposición a la opinión mayoritaria— en (casi) regla. No son de extrañar, por tanto, las llamadas de la doctrina española a intentar «dictar el mayor número posible de resoluciones unánimes»[65], haciendo un «uso más selectivo»[66] de los votos particulares.

6. REFLEXIONES FINALES

El caso español es un ejemplo concreto de cómo los votos particulares pueden hacer muy evidentes las divisiones ideológicas en el seno de un tribunal constitucional, fortaleciendo su imagen de órgano politizado y, en consecuencia, comprometiendo su independencia, autoridad y legitimidad[67]. Obviamente, no es seguro que lo ocurrido en España pueda suceder en otros lugares. Se trata, sin embargo, de una advertencia que no debe subestimarse, de una invitación a la prudencia para todos aquellos ordenamientos, incluido Italia, que están considerando la posibilidad de introducir el disenso en sus órganos de justicia constitucional[68].

Según Gustavo Zagrebelsky, «la acusación más pesada, infamante y deslegitimadora que se le puede hacer a una Corte Constitucional, como en

65. Rodríguez-Izquierdo Serrano, Miryam, «Encuesta sobre el Tribunal Constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 53, 2024, p. 38.
66. Aguado Renedo, César, «Encuesta sobre el Tribunal Constitucional», *op. cit.*, p. 44.
67. Cabe señalar que no siempre fue así: por ejemplo, Di Martino, Alessandra, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo*, *op. cit.*, pp. 310, 316, 511, subraya que en el pasado se había hecho un uso bastante equilibrado del voto particular, y que este tipo de voto no había creado problemas estructurales. Además, recientemente, Andrés Ollero, ex magistrado constitucional, ha publicado un libro comentando sus votos particulares, para cuestionar la teoría según la cual los magistrados del Tribunal Constitucional reciben instrucciones de los partidos que los propusieron sobre en qué sentido resolver las cuestiones sometidas a su deliberación y votación. Véase Ollero, Andrés, *Votos particulares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
68. En el caso de Francia, aunque en general existe una hostilidad bastante marcada hacia esta herramienta, hubo momentos en los que se ha debatido abiertamente la posibilidad de introducir los votos particulares en el *Conseil Constitutionnel*. Véase, por ejemplo, el debate *La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable?*, publicado en *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n.º 8 (Dossier: Débat sur les opinions dissidentes), julio 2000, https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/cahiers-du-conseil-constitutionnel-n-8-juillet-2000; véase también Mastor, Wanda, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, Economica/PUAM, Paris/Aix-en-Provence, 2005.

general a cualquier sujeto llamado a desempeñar tareas neutrales de garantía en el interés de todos, es la de actuar o haber actuado políticamente; acusación mucho más grave que la de equivocarse o haberse equivocado al decidir»[69]. La acusación de ser un órgano politizado —que es lo que ahora se le imputa sistemáticamente al Tribunal Constitucional español— difícilmente (o más difícilmente) puede ser formulada contra la Corte Constitucional italiana. Este es un aspecto que también el presidente de la Corte, Augusto Barbera, destacó implícitamente en su Informe (*Relazione*) de marzo de 2024: «(l(a redacción de una decisión constitucional, y su posterior lectura y aprobación, huyen de cualquier lógica prejudicial: las mayorías en el Colegio se forman y se deshacen cada vez, más allá de los orígenes, más allá de las respectivas culturas políticas»[70]. A este respecto, Barbera señaló también que revisten una importancia capital la colegialidad (que «impregna la vida de la Corte, hasta el punto de que no hay aspecto de una decisión (...(que no haya sido objeto de un debate reflexivo entre cada uno de nosotros»[71]) y el secreto de la sala del consejo («concebido no para garantizar unos "*arcana imperii*" trasnochados, sino una herramienta necesaria para garantizar la libertad y la independencia de la Corte Constitucional»[72]).

Por supuesto, es posible que la introducción del disenso en la Corte Constitucional italiana traiga consigo algunos de los efectos positivos a los que se refieren sus partidarios, efectos que podrían incluso proporcionar a la Corte un *surplus* de legitimidad. Sin embargo, aunque posible, no parece la hipótesis más probable. Por el contrario, la existencia de opiniones separadas, especialmente en esta fase histórica caracterizada por una sociedad y una esfera partidista muy fragmentadas, podría prestarse fácilmente a acusaciones de politización de la Corte, debilitando la confianza de los ciudadanos en este órgano. El caso del Tribunal Constitucional español, donde el *dissent* puso de relieve la existencia de «bloques de magistrados» y «paquetes de votos preestablecidos», *docet*. En este sentido, compartimos las observaciones de Antonio Ruggeri:

69. Zagrebelsky, Gustavo, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, *op. cit.*, p. 35.
70. *Relazione del Presidente della Corte costituzionale, Professore Augusto Antonio Barbera*, Roma – Palazzo della Consulta, 18 de marzo 2024, p. 20, https://www.federalismi.it/ApplOpenFilePDF.cfm?artid=50311&dpath=document&dfile=18032024201625.pdf&;content=Relazione%2Bdel%2BPresidente%2Bdella%2BCorte%2Bcostituzionale%2BProfessore%2BAugusto%2BAntonio%2BBarbera%2B%2D%2Bstato%2B%2D%2Bdocumentazione%2B%2D%2B
71. *Relazione del Presidente della Corte costituzionale, Professore Augusto Antonio Barbera*, *op. cit.*, p. 20.
72. *Relazione del Presidente della Corte costituzionale, Professore Augusto Antonio Barbera*, *op. cit.*, p. 21.

«me parece que sería mejor dejar que los focos se centraran —en la medida de lo posible— sólo en los protagonistas de la propia política, dejando a los garantes (y, en particular, a los jueces) en la sombra, y dando al mundo exterior una representación de la firmeza y compacidad de su trabajo. De este modo, ellos estarían en condiciones de ejercer mejor, en un ambiente discreto y apartado, el *munus que* les ha sido conferido, sin que las divisiones en su seno se presten a maniobras instrumentales destinadas, en última instancia, a deslegitimar a los propios garantes ante la opinión pública y, por tanto, a debilitar su autoridad»[73].

Aunque tiene algunas ventajas importantes, la propuesta —formulada en 1997 por una Comisión compuesta por Cesare Ruperto, Riccardo Chieppa y Valerio Onida (y sometida a votación en 2002), y retomada recientemente por Pasquale Pasquino[74]— de adoptar los votos particulares *anónimos* tampoco resulta del todo convincente. Como ya se ha dicho[75], esta solución de compromiso fue adoptada inicialmente por el *Bundesverfassungsgericht* alemán en algunas de sus decisiones. Una de las principales ventajas de las opiniones individuales anónimas es sin duda la de «desincentivar la vanidad personal»[76], reduciendo la práctica —muy común, por ejemplo, en los Estados Unidos— del «*teach from the bench*», por la que los jueces utilizan el Tribunal «como un escritorio desde el que (se dirigen(al mundo exterior, en particular a los juristas, creando escuelas de pensamiento partidistas»[77]. Además, el *dissent* anónimo podría obstaculizar la «categorización» de los jueces en función de sus opiniones políticas y de sus orientaciones ideológicas. Queda, sin embargo, un importante *punctum dolens*. La Corte Constitucional italiana —como todos los tribunales constitucionales— es un órgano colegial muy restringido (que sólo consta de 15 miembros), por lo que no sería difícil, en realidad, rastrear la identidad de los jueces disidentes: pero entonces no habría ninguna diferencia sustancial respecto al disenso en forma explícita.

Hasta ahora, el dilema entre unidad y separación en los procedimientos deliberativos dentro de la Corte Constitucional italiana —un órgano que es, *repetita iuvant*, independiente y que actualmente no tiene problemas evi-

73. Ruggeri, Antonio, «Ancora in tema di opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali: è meglio accendere i riflettori sulla Consulta o lasciarla in penombra?», *Giustizia insieme*, 28 de enero 2021, https://www.giustiziainsieme.it/it/costituzione-e-carta-dei-diritti-fondamentali/1510-ancora-in-tema-di-opinioni-dissenzienti-dei-giudici-costituzionali-e-meglio-accendere-i-riflettori-sulla-consulta-o-lasciarla-in-penombra
74. Pasquino, Pasquale, «Consulta: ci serve l'opinione dissenziente?», *op. cit.*
75. Véase el apartado 3.
76. Pasquino, Pasquale, «Consulta: ci serve l'opinione dissenziente?», *op. cit.*
77. Pasquino, Pasquale, «Sulla opinione dissenziente», *op. cit.*

dentes de legitimidad— se ha resuelto a favor de la primera. Como hemos intentado demostrar en este trabajo, aunque los argumentos a favor del *dissent* son legítimos, sólidos y comprensibles, los riesgos de su introducción en el actual contexto italiano parecen superar a los beneficios. Quizás sea necesario, pues, seguir aplicando la expresión futbolística muy común en Italia de que «un equipo ganador no se cambia» (*squadra che vince non si cambia*). Por lo tanto, mis objeciones a la introducción del disenso no pretenden aplicarse siempre y en cualquier caso: si cambiaran los resultados, también tendría que cambiar el equipo.

Parte IV
Interpretación constitucional y legislador

Capítulo 10

La (¿soportable?) levedad del ser. Diálogo con el legislador y «debilidad» en el juicio de constitucionalidad

Alessio Rauti·
Profesor Asociado de Derecho Constitucional
Universidad Mediterránea de Reggio Calabria

SUMARIO: 1. DE LA CRISIS DEL PARLAMENTARISMO A LAS DIFICULTADES DE LEGITIMIDAD DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES: IDA Y VUELTA. 2. CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO: WALDRON Y LA CRÍTICA «BASADA EN LOS DERECHOS». 3. SIGUE: *EL CIERRE AL CONTROL FUERTE DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL POSIBLE PAPEL DEL CONTROL «DÉBIL»*. 4. EL CONTROL DÉBIL DE CONSTITUCIONALIDAD: EL SENTIDO «ORIGINAL» DE LA CATEGORÍA Y LAS DUDAS SOBRE LA COHERENCIA INTERNA DEL MODELO. 5. AMPLIACIÓN SEMÁNTICA DE LA DISTINCIÓN ENTRE FUERZA Y DEBILIDAD: EL PROBLEMA DEL CÓMO. 6. LA LEGITIMIDAD DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA. 7. LA ORDEN DE REMISIÓN A UNA FECHA FIJA (LA LLAMADA DOBLE PRONUNCIAMIENTO).. 8. A CONTINUACIÓN: *LA INTENSIDAD DE LA ADVERTENCIA Y EL MARGEN DE INTERVENCIÓN DEL LEGISLADOR TRAS LA DECISIÓN ESTIMATORIA. DEL «CASO CAPPATO» A LA SENTENCIA N.º 135 DE 2024*. 9. CONCLUSIONES. DEL CONTROL «DÉBIL» AL DOBLE PRONUNCIAMIENTO. LAS CONDICIONES PARA UNA LEVEDAD (SOPORTABLE).

1. DE LA CRISIS DEL PARLAMENTARISMO A LAS DIFICULTADES DE LEGITIMIDAD DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES: IDA Y VUELTA

El papel central que los jueces y tribunales constitucionales desempeñan en el constitucionalismo contemporáneo en relación con el reconocimiento y la garantía de los derechos es el resultado de al menos tres factores.

El primero es la presencia de una constitución compuesta predominantemente por principios, también en lo que se refiere a los derechos. En efecto, un derecho formulado en términos de principio tiende a ser una especie de macroderecho, que contiene o puede encerrar en sí diversas situaciones subjetivas o, si se quiere, *posiciones elementales*[1]. Piénsese en la forma en que el derecho a la salud se traduce, al mismo tiempo, en pretensión de obtener determinados tratamientos sanitarios, en libertad de *no someterse a* tales tratamientos —como sujeto adulto capaz de comprender y de querer—, así como en pretensión de ser informado sobre la naturaleza y los posibles riesgos del tratamiento sanitario propuesto en el marco de la relación médico-paciente.

Por otra parte, el llamado deber de *non liquet* se activa para el juez en el caso de que tenga dudas sobre la capacidad de un principio-derecho constitucional —por tanto, de una exigencia valorativa ya positivizada— para dar cobertura a una nueva y peculiar demanda de justicia que no encuentra el remedio adecuado en la legislación. En este caso, la opción de rechazar sin más la demanda, sin remitirla a la Corte Constitucional, parece traicionar el papel del juez en el sistema concentrado de constitucionalidad, porque *impide que* el Juez de las leyes se pronuncie. En última instancia, es a este al que corresponde decidir si una decisión sobre el fondo supone una intromisión excesiva en la discrecionalidad del legislador.

Del carácter ambivalente de los principios constitucionales —directrices políticas fundamentales y normas jurídicas— se deriva tanto la juridficación de la política como la politización intrínseca (en sentido no partidista) de la jurisdicción[2], vertiéndose en la sentencia el exceso axiológico de aquellos principios. Esto se da especialmente en el supuesto antes referido: derechos

1. Sobre las *posiciones elementales* según Hohfeld —*reivindicación* (a *facere* o *non facere*), *libertad*, *poder* e inmunidad— véase ahora, para algunos desarrollos, PINO, Giorgio, «*Il costituzionalismo dei diritti*», Bolonia 2017, pp. 81 y ss.
2. Sobre este aspecto, véase D'ANDREA, Luigi, «*La natura giurisdizionale della Corte costituzionale tra rappresentanza politica ed esigenza di chiusura del sistema*», en AA.VV., «*I princìpi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*», editado por E. Bindi, M, Perini y A. Pisaneschi, Turín 2008, espec. pp. 345 y ss.

sin reconocimiento legislativo (los llamados «derechos sin ley») que se derivan, de forma más o menos intuitiva y argumentada, de los ya expresamente consagrados en el texto constitucional[3].

Por otra parte, el recurso a los Tribunales puede ser la única posibilidad de protección para aquellas categorías de sujetos —piénsese en los extranjeros— que, quedando normalmente fuera de la dinámica de la representación, dado que no pueden utilizar el voto como medio de presión para obtener cambios en las leyes que restringen sus derechos. Además, estos casos constituyen sólo algunos de aquellos en los que la aplicación del principio de igualdad y/o del canon de razonabilidad en su conjunto amplía la centralidad de la labor de los Tribunales Constitucionales.

El crecimiento de estas «nuevas demandas» de justicia constitucional —que se inserta en un fenómeno bien conocido, derivado del advenimiento del Estado del bienestar y de los movimientos de acceso a la justicia[4] — se ve entonces fuertemente condicionado tanto por el desarrollo de un sentido marcadamente individualista de las relaciones sociales como por la evolución tecnológica, que se trasladan a la interpretación e implementación/aplicación de los mismos principios constitucionales. Esto, con el tiempo, contribuye a ampliar el campo de lo constitucionalmente relevante, ensanchando la frontera de la justiciabilidad de las situaciones jurídicas subjetivas ante los tribunales.

Un segundo factor que contribuye a la centralidad de la función jurisdiccional en el Estado constitucional contemporáneo es, sin duda, la apertura de las constituciones al Derecho internacional y el proceso de *constitucionalización*. Este fenómeno ha transformado a este último en una red de constituciones y declaraciones de derechos, y en nuestro continente ha colocado a los tribunales constitucionales en una relación de necesario diálogo —y a veces de conflicto— con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, si bien en ausencia hasta ahora de un instrumento de diálogo similar a la remisión prejudicial (pero véanse los puntos de contacto con el instrumento previsto en el Protocolo n.º 16), con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH).

El papel decisivo desempeñado por la Corte en el seno de tales relaciones no sólo se explica en perspectiva de la máxima expansión de los derechos a través de la recíproca integración interpretativa. Igualmente, y no de

3. Cf. MORELLI, Alessandro, «*I diritti senza legge*», Consultaonline, I, 2015, pp.1 y ss.
4. CAPPELLETTI, Mauro, «*Giustizia, accesso alla*», *Enc. sc. soc.*, 1994, www.treccani.it. Recientemente, cf. NARDOCCI, Costanza, «*Il "diritto" al giudice costituzionale*», Napoli 2020, *passim*.

menor relieve, es la función, a veces menos visible y más conflictiva, de tutela de los peculiares equilibrios de la Constitución del Estado frente a la intervención de Tribunales en todo caso «externos» al ordenamiento italiano, que podría remontarse a la tercera «ola» en el desarrollo del juicio de constitucionalidad[5].

Finalmente, el tercer elemento se situa en la crisis de la representación política. Es común la afirmación de que la inercia del legislador ha cargado sobre el Tribunal Constitucional una tarea de verdadera «sustitución» en la garantía de los derechos y su individualización, a través del uso de jurisprudencia interpretariva «manipuladora». Pero, como demuestra la presencia de relevantes estudios comparados sobre los Tribunales Constitucionales como legisladores positivos[6], la cuestión supera las fronteras nacionales.

Las razones de esta evolución son múltiples. Hace ya un siglo, C. Schmitt denunciaba la crisis de la raíz liberal del parlamentarismo —su «fundamento espiritual»— que se encontraba en la división de poderes, en la publicidad y la discusión[7], en definitiva: en la dialéctica pública de las opiniones frente al simple cálculo de intereses y las decisiones tomadas más o menos en

5. Cf. en este sentido LUSTING, Doreen-WEILER, Joseph H. H., «*Judicial review in the contemporary world. Retrospective and prospective*», *I•CON*, Vol. 16 No. 2, 2018, pp. 315 y ss., quienes, retomando en clave actualizada el análisis comparado de Mauro Cappelletti, señalan la sucesión de tres «olas» en torno al control de constitucionalidad. La primera se refiere a la difusión y progresiva calificación de este instrumento como elemento esencial del Estado constitucional. La segunda se refiere, por otra parte, al proceso de constitucionalización del Derecho internacional, que —sobre todo a partir de la Segunda Guerra Mundial— ha conducido a la aplicación judicial de las normas internacionales y a la ampliación del número de Tribunales internacionales o supranacionales. Por último, la tercera, cuyos contornos aún no estarían claramente definidos, abarcaría, entre otras cosas, las opciones de los tribunales nacionales destinadas a salvaguardar el Estado de Derecho, la democracia y la identidad constitucional, incluso, posiblemente, *frente al* Derecho internacional.

6. Véase BREWER-CARIAS, Allan R. (ed.), «*Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study*», Cambridge University Press 2011.

7. SCHMITT, Carl, «*Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*» (1923-1926), trad. it. editado por GIULIANA, Stella, Turín 2004, espec. pp. 45 y ss. [pero véase también *id.*, «*Verfassungslehre*» (1928), trad.it editado por Antonio Caracciolo, Milán 1984, espec. pp. 416 y ss.]. Como es bien sabido, el concepto schmittiano de democracia como *identidad* (homogeneidad de carácter sustancial) entre gobernantes y gobernados (p. 17, nt. 6) encuentra su expresión fisiológica en *la acclamatio* —pues «el pueblo sólo existe en el ámbito de la publicidad»— y se basa en la idea de «igualdad entre iguales», resultando incompatible con la lógica del parlamentarismo en la democracia de masas, en la que todo adulto —fuera, por tanto, de un elemento de identidad/homogeneidad— puede formar parte de la comunidad política. Para esta concepción véansem entre otras, las reflexiones críticas de AZZARITI, Gaetano, «*Critica alla democrazia identitaria*», Roma-Bari, 2005.

secreto[8]. Esa crítica se basaba en la constatación de que con el advenimiento de la democracia de masas la discusión habría desaparecido y dejado paso a la invocación propagandística de los intereses de unos y otros[9].

Si ese juicio de declive del modelo estaba ligado al advenimiento de los partidos de masas, la actualidad está marcada, en cambio, por la decadencia de su forma original —aunque subsistan fenómenos de corrupción en el seno de las instituciones— y por la transformación y fragmentación del «representado»[10]. El resultado global arroja un evidente colapso de su legitimidad, atestiguado, en Italia, por las cifras verdaderamente preocupantes de abstencionismo electoral, que pueden considerarse expresión de protesta. Hay también otros factores heterogéneos, como el sometimiento de la política a la economía, la ampliación de los poderes de la Unión Europea y el desplazamiento del centro de gravedad del poder político hacia el ejecutivo.

Incluso en ordenamientos como el italiano, en los que la Corte Constitucional goza —en el conjunto— de legitimidad, la caracterización del actual Estado constitucional en un sentido cada vez más jurisdiccional ha sido objeto de diversas críticas, reavivadas en la última década.

A menudo apuntan a la pretenciosa creación de nuevas técnicas decisorias, mediante las cuales, según los casos, la Corte tensaría o incluso quebraría las reglas del proceso constitucional, para acoger las «razones» del legislador o atender a las consecuencias económicas que afectan a la garantía de los derechos sociales, consecuencia de una declaración de inconstitucionalidad, o, por el contrario, mostraría una indebida propensión a afirmar la *judicial supremacy*, traspasando la frontera de la discrecionalidad legislativa y expandiendo la materia constitucional en su respuesta a la cuestión o recurso, erosionando así significativamente el carácter político de las normas de la Constitución, en nombre de una suerte de panjurisprudencialismo[11].

8. De este modo, también pueden salir a la luz las opiniones minoritarias más correctas y/o adecuadas (relativamente «verdaderas»), alejando la deliberación parlamentaria de la mera lógica de la autoridad y vinculando parlamentarismo, democracia y garantía de las libertades fundamentales, en particular, las libertades «negativas» (de expresión, prensa, reunión, etc.).
9. SCHMITT, Carl, *op. cit.*, p.8.
10. Véase LUCIANI, Massimo, «*Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*», en AA.VV., «*Percorsi e vicende attuali della rappresentanza politica*», editado por Nicola Zanon y Francesca Biondi, Milán 2001, pp.109 y ss.
11. De la «funzione onnivora della politicità costituzionale» discute, por ejemplo, MORRONE, Andrea, «*Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*», *Federalismi.it*, 12, 2021, p. 180.

La primera crítica se dirige al razonamiento excesivamente orientado a las consecuencias de las decisiones del Tribunal y a su papel en la forma de gobierno. La segunda, en cambio, denuncia una especie de sustitución arbitraria de las decisiones políticas y la utilización «ideológica» de la inercia del Parlamento como razón justificativa de este carácter político del juicio constitucional. De hecho, podría considerarse que la inercia no se corresponde necesariamente con una mera omisión, ya que puede derivar, en cambio, de una valoración distinta del Parlamento sobre la existencia misma de un derecho, sobre la forma de interpretar la conciencia social, sobre el momento más oportuno para intervenir, etc.

En ocasiones, la posición de la doctrina se mantiene dentro del deseo de *minimalismo judicial* en el tratamiento de las cuestiones individuales de constitucionalidad, es decir, de un enfoque *progresivo* por parte del Tribunal —*one case at time*— y no *per salti*. Reconociendo el peso del «contexto» institucional en la actividad de la Corte Constitucional, se identifican ámbitos extremos en los que —y las técnicas decisorias con las que — los jueces constitucionales parecen adherirse a una «moderación» particular y apropiada[12]. En otros casos, la solución que subyace a la crítica parece desembocar, en clave prescriptiva, en una suerte de *superminimalismo* del control de constitucionalidad de las leyes, que cambia sustancialmente la visión de conjunto de la labor de la Corte[13].

Para profundizar en el sentido de las críticas dirigidas a la Corte Constitucional, fuera del marco del ordenamiento jurídico italiano, en los apartados §§ 2-3 recordaremos algunos presupuestos del llamado *political cons-*

12. MASSA, Michele, «*Corte costituzionale e minimalismo*», *Quest. giust.*, 4, 2020, pp. 53 y ss.; *id.*, «*Minimalismo giudiziario. L'opzione per la moderazione nella giurisprudenza costituzionale*», Milán 2023.

13. En este sentido, por ejemplo, MORRONE, Andrea, «*Suprematismo giudiziario II*», cit., pp. 197 y ss., formula una crítica cerrada a ciertas técnicas decisorias y/o argumentativas que otros (MASSA, Michele, «*Minimalismo giudiziario*», cit, 272 y ss.) han considerado posibles expresiones de moderación judicial (piénsese en los ámbitos en los que la Corte ha decidido limitar su revisión a la posible existencia de los llamados vicios manifiestos, así como en el llamado doble pronunciamiento inaugurado con el llamado «caso Cappato», sobre el que volveremos al final). La crítica se vincula, en el primer caso, al carácter pretendidamente retórico del adjetivo «manifiesto» (o «evidente») para calificar el defecto sobre el que el Tribunal podría intervenir sin excesiva compresión de la discrecionalidad legislativa (piénsese en la evidente falta de las circunstancias de urgencia del decreto-ley). En el segundo caso, en cambio, se cuestiona la tendencia del Tribunal Constitucional a establecer el diálogo del legislador a través de una ordenanza que, en esencia, entrega al primero un marco de principios ya indefinido (como en el caso Cappato, sobre el que se volverá). o un quadro di princìpi già oltremodo definito (come nel Caso Cappato, su cui si ritornerà).

titutionalism —que, en cierto sentido, se oponen frontalmente al *de profundis del* parlamentarismo ya pronunciado (no desinteresadamente) por Schmitt[14]— deteniéndonos en las tesis de Waldron y, en particular, en su crítica al control de constitucionalidad. Más adelante, en los apartados §§ 4-5 analizaremos los distintos significados de la distinción entre control de constitucionalidad «fuerte» y control «débil», examinando también el funcionamiento y las instituciones del llamado *New Commonwealt Model of Constitutionalism* y distinguiendo entre un perfil *estructural* y otro *funcional* de la llamada *weak form of judicial review*. Por último, en los apartados §§ 6-8 nos detendremos en la legitimidad dela Corte Constitucional italiana y en la técnica más reciente del auto (motivado) de aplazamiento a fecha fija, con el fin de verificar su fundamento y, sobre todo, la posibilidad de considerarlo una expresión real del control jurisdiccional «débil» de constitucionalidad.

2. CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO: WALDRON Y LA CRÍTICA «BASADA EN LOS DERECHOS»

El constitucionalismo político, aunque se ha gestado principalmente en el contexto del Reino Unido, en sus desarrollos más recientes tiene notables puntos de contacto con el llamado *popular constitutionalism* (dirigido a desafiar sobre todo el dominio interpretativo —casi «imperialista»— del Tribunal Supremo estadounidense, predicando un cambio hacia un

---

Recientemente, del mismo A., v. «*Corte costituzionale: fattore condizionante o elemento strutturale?*», *Rivista AIC*, 3, 2024, pp.186 y ss. Sobre la necesidad de una particular moderación de la Corte Constitucional en la «concretización» de la Carta y sobre la atribución exclusiva al legislador de la tarea de «leer» la evolución de la conciencia social cf. ZANON, Nicola, «*Pluralismo dei valori e unità del diritto*», *Quaderni costituzionali*, 4, 2015, pp. 919 y ss.; *id.*, «*I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*», *Federalismi.it*, 3, 2021. pp. 86 y ss.

14. Aparte de J. WALDRON, sobre el que se hablará más adelante, véanse, entre otros, BELLAMY, Richard, «*Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*», Cambridge 2007; TUSHNET, Mark, «*Weak Courts, Strong Rights. Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*», Princeton 2008. Sobre este tema, en la literatura italiana, especialmente en tono crítico, véase GOLDONI, Marco, «*Il ritorno del costituzionalismo alla politica: il "Political" e il "Popular" Constitutionalism*», *Quaderni costituzionali.*, 4, 2010, pp.733 y ss.; *id.*, «*Che cos'è il costituzionalismo politico?*», *Diritto e questioni pubbliche*, 10, 2010, pp. 337 y ss.; *id.*, «*Two internal critiques of political constitutionalism*», *International Journal of Constitutional Law,* 4, 2013 (Vol. 10), pp. 926 y ss.; ID, «*Constitutional Reasoning According to Political Constitutionalism: Comment on Richard Bellamy*», *German Law Journal*, 6 marzo 2019; PINELLI, Cesare, «*Interpretazione costituzionale e deliberazione politica nel recente dibattito angloamericano*», en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3/2012, 1015 ss.; BIN, Roberto, «*Diritti, giudici e poteri*», in *Quaderni costituzionali*, 4, 2013, pp. 1049 y ss.; CHESSA, Omar, «*I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*», Milano 2014, pp. 201 y ss.

sistema que confíe al pueblo la última palabra sobre el significado de la Constitución)[15].

Frente al *legal constitutionalism* (o neoconstitucionalismo), estas corrientes de pensamiento reivindican, desde una perspectiva normativa, el papel imprescindible del Parlamento en la decisión sobre los derechos —aunque a veces no presten la debida atención a la reconstrucción del concepto de representación política—, impugnando la existencia misma del control de constitucionalidad o, al menos, el hecho de que sean los Tribunales los que tengan la última palabra, especialmente en materias de derechos no previstos expresamente en el texto constitucional o sobre cuya interpretación/ejecución existen encendidas controversias en la sociedad.

En la forma pura y muy coherente del *political constitutionalism*, esta crítica se extiende a la constitucionalización *tout court* de los derechos —y, por tanto, al *constitutional precommitment*—, presupuesto determinante de la llamada *Juristocracy*[16]. En efecto, en un modelo puro de *parliamentary supremacy*, el reconocimiento de derechos debería darse sólo por medio de la ley parlamentaria. Sin embargo, al efecto de impugnar la llamada *judicial supremacy* podría alegarse: el derecho a la última palabra de la Corte Constitucional en el proceso de interpretación y realización de los derechos —en presencia de una Constitución rígida, que garantiza los derechos tendencialmente —pero no solo— en forma de principios—[17].

Incluso en esta última hipótesis, el proceso de positivización no se agotaría en absoluto: de una parte, porque sería necesaria la implementación legislativa de los principios, porque la conciencia social podría suscitar

15. Véase, por ejemplo, KRAMER, Larry D., «*The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial* Review», Oxford 2004.

16. GUARNIERE, Carlo – PEDERZOLI, Patrizia, «*La democrazia giudiziaria*», Bologna 1997 (pero sobre este tema véase ya STONE SWEET, Alec «*Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*», Oxford: Oxford University Press, 2000). La fórmula «juristocracia» es retomada en particular por HIRSCHL, Ran, «*Toward Juristocracy: The Origins and Consequences of New Constitutionalism*», Cambridge: Harvard University Press, 2004.

17. Si bien los derechos fundamentales se consideran presupuestos «dado que la Constitución es el acto fundante del ordenamiento jurídico, de donde sin ella o fuera de ella no puede haber propiamente derechos "fundamentales"»: Así, RUGGERI, Antonio, «*La "fondamentalità" dei diritti fondamentali*», en AA.VV., «*Attualità di diritto pubblico*», III, a cargo de C. PANZERA y A. RAUTI, Napoli 2024, pp. 55 y ss. Por tanto, los derechos socialmente apreciados como fundamentales por su sustancia —los intereses o necesidades que satisfacen— requieren de la forma adecuada (la rigidez de la fuente que ofrece su reconocimiento y garantía) para «la salvaguardia de la dignidad de la persona titular y por su continuidad en el ordenamiento jurídico en el tiempo» (p. 61).

nuevas demandas impulsoras de su realización a través de la garantía de nuevos principios fundamentales «ligados» a la lectura evolutiva de las disposiciones de la Carta. Además, el hecho de que algunos derechos sean, antes, socialmente apreciados como tales lejos de eliminar la necesidad de positivización, la vendrían a exigir. Por lo tanto, para el constitucionalismo político la última palabra en este proceso corresponde al Parlamento.

Jeremy Waldron constituye sin duda uno de los principales y más prolíficos exponentes del *political constitutionalism*[18]. Su tesis parte de una crítica a la concepción de Dworkin según la cual los derechos son siempre «*cartas triunfo*» (*trump cards*) en la decisión política sobre el bien público; ve, por tanto, una contradicción interna en diferir las decisiones sobre los propios derechos a la decisión de la mayoría política. Pero, de un modo peculiar, su crítica de los derechos pretende estar *fundada en la misma necesidad de una protección más adecuada de los derechos*.

La tesis es sobre todo de carácter *normativo*, pero también se basa en algunas afirmaciones *descriptivas*.

Parte de la identificación de las llamadas *circunstancias de la política* y, en particular, de la probable presencia en las sociedades pluralistas actuales de un desacuerdo sobre cuestiones morales relativas a los derechos, que la política tiene la tarea de representar para llegar a una decisión mayoritaria, que no puede basarse en el mero *criterio de los* utilitaristas, porque la mera dimensión *cuantitativa* del grado de satisfacción del interés general podría llevar a suponer que un interés modesto, pero común a una gran mayoría, debe prevalecer sobre un interés importante de una minoría, hasta el punto de considerar a esta última como un medio y no como un fin[19].

También se cuestiona la idea de que, de hecho, en la toma de decisiones políticas mayoritarias *sólo* entran en juego intereses más o menos egoístas o de partido. Si realmente fuera sólo eso, entonces los derechos tendrían que concebirse como instrumentos concedidos al individuo para «resistirse» a tales decisiones (como auténticas *trump cards*).

En realidad, la acción orientada al interés propio es sólo una de las perspectivas que animan el comportamiento de los representantes políticos y de los electores. Sin embargo, hay otra que tiene que ver con las *opiniones*,

18. Monográficamente sobre el tema, véase WALDRON Jeremy, «*Law and disagreement*», Oxford University Press 1999; *id.*, «*The dignity of legislation*», Cambridge University Press 1999, son en realidad una reedición y reelaboración de varios ensayos.
19. Véase WALDRON, Jeremy, «*Rights in Conflict*», en *Ethics*, 1989 (Vol. 99), n.º 3, Jeremy Waldron, 508.

según la cual el desacuerdo sobre los derechos no oculta necesariamente un conflicto de intereses[20].

En general, por mucho que la realidad ofrezca a menudo escenarios desalentadores, los votantes no sólo *deben expresar*, sino que *de hecho expresan* opiniones que constituyen una «convicción personal sobre la mejor manera de promover el bien general»[21]. Cuando esto ocurre e incluso la opinión minoritaria se tiene debidamente en cuenta en pie de igualdad con las demás, no hay nada tiránico en el hecho de que prevalezca otra opinión. Así, «mientras el legislador responda a este modelo, los derechos individuales y la democracia mayoritaria no deben considerarse necesariamente antitéticos»[22].

La teoría de Waldron prevé un modelo de referencia preciso para la necesaria «dignidad de la legislación», basado en dos puntos centrales: la autonomía moral del individuo, por un lado, y la igualdad política (o igualdad en la autonomía política) de los ciudadanos.

La primera constituye el punto de conexión entre la idea misma de derechos y la existencia del desacuerdo teórico, asumiendo en cada individuo la capacidad no sólo de tomar decisiones sobre su propia vida y ejercer sus derechos, sino más generalmente de expresar juicios morales y opiniones sobre el bien común y el contenido de los propios derechos. La igualdad política constituye el instrumento y la garantía de la autonomía política, asegurando teóricamente que cada opinión sobre los derechos sea tenida en cuenta de manera justa y equitativa.

La igualdad política se vería menoscabada por la presencia de un *fuerte* control de constitucionalidad sobre las leyes de derechos —entendido como un control que permita su anulación o inaplicación[23]—, porque esta atribución de los Tribunales, completamente desvinculada de cualquier conexión con la autonomía política de los ciudadanos, no sólo no garantiza un mayor nivel de protección, sino que acabaría erosionando el espacio de decisión parlamentaria sobre el contenido y la propia identificación de los derechos, lo que puede poner de manifiesto directa y francamente el relativo conflicto entre juicios morales, mientras que los Tribunales están obligados a man-

20. WALDRON, Jeremy, «*Rights and Majorities: Rousseau Revisited*», en *Nomos*, 1990 (vol. 32), p. 53.
21. WALDRON, Jeremy, «*Rights and Majorities*», cit., p. 55.
22. WALDRON, Jeremy, *op. cit*., p. 71.
23. WALDRON, Jeremy, «*The Core of the Case against Judicial Review*», *The Yale Law Journal*, 6, 2006 (Vol. 115), p. 1370.

tener (y, en cierto sentido, ocultar) estos juicios en la estructura de la interpretación constitucional[24].

Dado que los Tribunales Constitucionales no son representantes políticos, la autonomía política de los ciudadanos no tendría ningún peso en sus decisiones sobre derechos. Por el contrario, una revisión de este tipo podría ser un *pull factor* para la inercia de los órganos de dirección política e, indirectamente —exagerando un poco—, para la propia participación en las elecciones. En particular, Waldron vislumbra el peligro de determinar una clara ruptura entre el ejercicio de los derechos políticos y la expresión democrática sobre la identificación y protección de *otros derechos* (civiles y sociales), ruptura que contradice el blindaje entre autonomía moral y autonomía política típica del Estado *democrático liberal* y acaba constituyendo un factor más de desafección política de los ciudadanos[25].

3. SIGUE: *EL CIERRE AL CONTROL FUERTE DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL POSIBLE PAPEL DEL CONTROL «DÉBIL»*

Waldron no adopta formalmente la conocida fórmula de Bickel sobre la llamada «dificultad contramayoritaria», por considerar que esta puede inducir a error, ya que incluso los tribunales pueden decidir (y a menudo deciden) por mayoría y porque el centro del discurso no está en la mayoría parlamentaria, sino en los derechos políticos *de todos los votantes* —incluso de aquellos cuyas opiniones son minoritarias en el parlamento, pero pueden ser consideradas dignas allí al igual que las demás— y en la discusión moral sobre los derechos.

En este sentido, no ignora en absoluto que en ocasiones ha sido precisamente la decidida intervención de los tribunales constitucionales la garantía para la efectividad de la autonomía política y la igualdad política de una parte de los ciudadanos. Del mismo modo, también parece considerar posible que en ocasiones el enjuiciamiento de las leyes pueda obligar de algún modo a la opinión pública y a la propia política a abordar cuestiones que antes no quería «ver». A esto se añade el hecho funcional de que

24. WALDRON, Jeremy, *«The Core»*, cit., p. 1376.

25. Siguiendo con la crítica al control de constitucionalidad «fuerte», véanse especialmente «*Some Models of Dialogue Between Judges and Legislators*», *Supreme Court Law Review*, 23, 2004, pp. 9 y ss.; «*The Rule of Law and the Importance of Procedure*», *Nomos*, 2011 (Vol. 50), pp. 3 y ss.; «*Five to Four: Why Do Bare Majorities Rule on Courts*», *The Yale Law Journal*, 123, 6 (2014), pp. 1692 y ss.; «*Control de Constitucionalidad y Legitimidad Política*», *Dikaion*, 27, 1 (2018), pp. 7 y ss.; «*The rule of law and role of courts*», *Global Constitutionalism*, 2021 (10, 1), pp. 91 y ss.; «*Rights and the Domain of Weak form Review*», *NYU School of Law*, Working paper NO. 21-47, septiembre de 2021.

el legislador encuentre dificultades para identificar las cuestiones de derechos en su aplicación concreta.

Sin embargo, confiar a los jueces constitucionales *la última* palabra sobre cuestiones de derechos —que se expresa anulando una ley (en menor medida, inaplicándola)— podría en cierto modo cerrar, en lugar de abrir, el debate en la sociedad, con efectos negativos sobre el compromiso con los derechos y la formación de una cultura generalizada sobre el tema.

El llamado «*core case*» de su crítica al control «fuerte» de constitucionalidad se basa en cuatro supuestos, que constituyen al tiempo cuatro condiciones[26]: 1) el buen funcionamiento de las instituciones democráticas[27]; 2) la presencia de un poder judicial independiente y sano[28]; 3) un fuerte compromiso con la idea de los derechos individuales y de las minorías, es decir, el hecho de que la mayoría de la sociedad no sólo crea en la regla de la mayoría como principio general de la política, sino que también acepte «that individuals have certain interests and are entitled to certain liberties that should not be denied simply because it would be more convenient for most people to deny them»[29], asumiendo también, para ser más concretos, que este compromiso conduzca a la adopción de una Carta de Derechos[30]; 4) la

26. V. WALDRON, Jeremy, «*The Core of the Case*», cit., pp. 1359 y ss.
27. y, en particular, la presencia de asambleas representativas y legislativas que deliberen y voten sobre asuntos de interés público, procedimientos *legislativos* adecuados, la presencia de diversas garantías, como el bicameralismo, la presencia de múltiples niveles de debate, la presencia de partidos políticos como instrumentos para hacer más amplia y eficaz la representación de las opiniones y, sobre todo, la igualdad política (que se traduce en la «equidad» de la representación);
28. con previsión de recurso, salas con un número adecuado de miembros, con jueces no electivos, con amplia formación y garantías de independencia, que actúen únicamente sobre la base de una solicitud externa y sobre un caso concreto, capaces de ofrecer garantías adecuadas para el *Estado de Derecho*.
29. Véase WALDRON, Jeremy, «*The Core of the Case*», cit., p. 1364.
30. En realidad, Waldron critica en varios lugares la aprobación de una Declaración de Derechos cuando se entiende como un verdadero *precommitment*. Más bien, la referencia a la *Bill of Rights como* especificación concreta del tercer supuesto, relativo al compromiso con los derechos, parece haberse hecho precisamente para excluir que exista en cualquier caso una conexión necesaria entre la existencia de una *Bill of Rights* y la introducción de un control «fuerte» de constitucionalidad. En el mismo ensayo, sin embargo, señala que «the bland rhetoric of the Bill of Rights was designed simply to finesse the real and reasonable disagreements that are inevitable among people who take rights seriously for long enough to see such a bill enacted»: WALDRON, Jeremy, «*The Core of the Case*», cit., 1369. En este sentido, los consagrados en la *Bill of Rights* seguirían siendo «bland commitments», cuya «fuerza gravitatoria» les permitiría atraer y englobar a cualquier parte en desacuerdo. En presencia, pues, de un juicio de constitucionalidad, sería un «field day» para los juristas. Sobre la crítica de las *restricciones constitucionales*, véase § 4.

presencia generalizada de desacuerdos morales y políticos sobre los derechos —sobre cómo concebirlos y aplicarlos— que en su mayor parte no se refieren a cuestiones de interpretación estricta y plantean problemas de considerable relevancia práctica.

Waldron parte de la idea de que estas condiciones *se dan normalmente* en las democracias liberales y, sin embargo, que en un determinado estado puede no darse una de ellas. Por lo tanto, también es necesario considerar el problema de una posible *transición* a una *non core society*, es decir, aquella en la que uno de los supuestos *ya no se cumple*, y, en su opinión, cabría imaginar el recurso a una revisión constitucional enérgica, suponiendo que, en función del estado de cosas, esta opción constituya realmente un remedio o, más bien, no reproduzca o incluso agrave el problema[31].

Podrían imaginarse diferentes escenarios: una ley electoral específicamente concebida para limitar al máximo la eficacia de la igualdad política, la ausencia total de democracia en los partidos políticos, la adopción de leyes que atentan flagrantemente contra la independencia del poder judicial o privan a ciertas minorías de derechos esenciales, la falta de voluntad para captar la emergencia en la conciencia social de una opción clara y fuerte por el reconocimiento de derechos ligados a nuevas necesidades fundamentales.

No interesa aquí verificar si en todos estos casos —algunos de los cuales evocan escenarios nada descabellados respecto de nuestro ordenamiento jurídico— Waldron encontraría la realización de tal transición, ya que las condiciones que plantea son lo suficientemente genéricas como para incluirlos. Podemos limitarnos a subrayar el evidente fallo lógico por el que —salvo la manifestación schmittiana del soberano-custodio en el estado de excepción— no queda claro *a quién correspondería la tarea de detectar el incumplimiento de las condiciones*, tarea que, en cambio, el funcionamiento de su

31. Para WALDRON, Jeremy, «*The Core of the Case*», cit., p. 1405, es necesario, en otras palabras, considerar si esta intervención y esta práctica facilitan o dificultan el remedio de las disfunciones del proceso democrático, citando, en este sentido, la conocida sentencia del Tribunal Supremo de los EE.UU. *Brown vs. Board of Education* (1954) —con la que se superó el principio de *separate but equal* para los alumnos negros en las escuelas públicas— y señalando cómo al final fue necesaria una intervención legislativa, la *Civil Rights Act de* 1964, que constituyó en este ámbito el elemento relevante de discontinuidad en la relación entre la Federación y los Estados miembros. Sin embargo, es precisamente el asunto *Brown* el que parece demostrar cómo a menudo en materia de derechos la llamada última palabra de los Tribunales requiere la *cooperación*, incluso en el tiempo, de los distintos poderes del Estado, cada uno en el ejercicio de sus propias competencias.

propio modelo parecería exigir estrictamente como actividad *ordinaria* y no vinculada a la *excepción*.

Además, ante esa posible transformación, el control estricto de constitucionalidad sólo podría ser introducido, paradójicamente, por esas mismas instituciones democráticas que, en teoría, ya no funcionarían adecuadamente o tal vez estarían destinadas a operar en un contexto en el que la independencia del poder judicial se vería comprometida.

En conclusión, la crítica radical a las formas «fuertes» de control de constitucionalidad no parece funcionar realmente, porque elimina el control de constitucionalidad del horizonte de la vida ordinaria del ordenamiento jurídico, dejando el campo abierto *sin límites* a la idea de que es «mejor que un derecho esté menos protegido a que lo proteja el poder equivocado»[32], con la consiguiente y potencial tiranía de la mayoría y, por tanto, la pérdida de cualquier garantía. Tampoco puede parecer decisiva la objeción de que el coste de cualquier error judicial sería mayor para la democracia que el error legislativo. Como se ha argumentado, este razonamiento también parecería socavar el fundamento del control de legalidad sobre los actos administrativos —renunciando así, en nombre de la democracia, al principio *del rule of law*[33]—, aunque en ese caso, hay que reconocerlo, la administración no puede reclamar por sí misma las mismas prerrogativas, exactamente «democráticas», que la legislación.

Ciertamente, la posible introducción de modelos de control constitucional *singularmente* «débiles» —es decir, que no permitan, entre otras opciones posibles, la anulación o inaplicación de las leyes— no conllevaría garantías adecuadas para frenar tal deriva.

Sin embargo, cuando, más recientemente, Waldron reconoce que la jurisdicción constitucional posee su propia forma de legitimidad, distinta de la *democrática*, subraya cómo, debido a sus consecuencias de alto impacto, un control de constitucionalidad fuerte requiere una especial prudencia por parte de los tribunales en al menos tres aspectos.

En primer lugar, hay que tener cuidado de no confundir la superioridad, tanto formal como axiológica, de la Constitución con la superioridad de los Tribunales Constitucionales sobre el Parlamento, operación conceptual que lógicamente acaba negando la primera. Es lo que sucede cuando los guardianes de los *límites* frente al legislador —en particular, de los derechos *no*

32. Así, críticamente, SILVESTRI, Gaetano «*Del rendere giustizia costituzionale*, *Quest. giust.*», 4, 2020, p. 3.
33. Véase CHESSA, Omar, «*I giudici del diritto*», cit., pp. 239 y ss.

negociables— esconden tras la actividad hermenéutica una verdadera reescritura de las disposiciones constitucionales.

En segundo lugar, el Tribunal bien puede tener la última palabra en casos concretos, pero en un sistema constitucional equilibrado debe tener debidamente en cuenta las interpretaciones constitucionales que le ofrezca el legislador de forma cuidadosa, como expresión de una síntesis ofrecida por la representación política a la corresponde la *primera* palabra en materia de derechos. En otras palabras, del hecho de que los Tribunales gocen de una legitimidad propia —basada primordialmente en el respeto y garantía de la Constitución como norma suprema— «no se sigue necesariamente que desaparezca el problema democrático»[34], si consideramos que este último está vinculado a la expectativa razonable de que, en presencia de un desacuerdo moral sobre los derechos, los representantes del cuerpo electoral tengan la facultad concreta de expresar una decisión sobre la interpretación y aplicación de las disposiciones relativas a tales derechos, decisión que puede considerarse al menos *políticamente* razonable en la medida en que se adopte en diálogo entre las distintas posiciones presentes en la sociedad.

Por último, la llamada «preocupación» democrática: 1) debe llevar a la Corte Constitucional a valorar la posibilidad concreta de recurrir a técnicas de diálogo con el Parlamento y, más en general, a *formas débiles de control de constitucionalidad*, para una mejor estrategia de garantía global de los derechos; 2) puede ser debidamente tenida en cuenta al prever una mayoría agravada para anular una ley; 3) presupone que el reconocimiento de un nuevo derecho o sus implicaciones específicas deben ser adecuadamente argumentados por los jueces constitucionales, de modo que se indique con rigor el camino que ha llevado a su identificación[35].

En conclusión, en su núcleo duro, la posición de Waldron acaba básicamente por plegarse a una pura *parliamentary supremacy*, a pesar de que el punto de partida sea en cambio una cuestión de derechos y aunque se abra a formas débiles de control de constitucionalidad. No obstante, es posible extraer de sus reflexiones algunas pistas útiles también para el sistema italiano de justicia constitucional.

En primer lugar, con un mayor esfuerzo de realismo, podría recuperarse la referencia a los presupuestos del *core case* antes recordada en el seno de una jurisdicción de anulación constitucional, considerándolos como factores *de contexto* cuyos cambios en el tiempo guardan una peculiar relación con el juicio de constitucionalidad.

34. WALDRON, Jeremy, «*Control de Constitucionalidad*», cit., p. 19.
35. WALDRON, Jeremy, *op. cit.*, pp. 23 y ss.

Deben tender a ser objeto de evaluación por parte del Tribunal para valorar, en diálogo con el legislador y los jueces «ordinarios», los márgenes concretos de modulación de la intensidad de su intervención sobre las leyes. En este sentido, el contexto institucional condiciona dinámicamente la propia situación en la que se encuentra el Juez de leyes. Piénsese en el modo en que ha ido cambiando a lo largo del tiempo la relación entre el Tribunal Constitucional italiano y los jueces «ordinarios», a los que el primero ha ido exigiendo una colaboración cada vez más intensa a medida que los segundos, en su conjunto, mostraban una mayor sensibilidad hacia los principios del nuevo marco constitucional. O considérese el contexto que condujo a la controvertida sentencia n.º 1 de 2014, que, por primera vez, anuló parcialmente la ley sobre la elección de las Cámaras.

En segundo lugar, la voluntad de «injertar» formas débiles de control en un control de constitucionalidad fuerte presupone, como se verá más adelante con mayor detalle, la necesidad de flanquear el respeto de los límites entre poderes (dificultad contramayoritaria) —tarea que a veces requiere una actitud de *self restraint*— con la necesidad de estudiar las vías adecuadas para una protección óptima y global de los derechos, cuya particularidad nos parece ser la *cooperación* de la Corte Constitucional con el poder legislativo, aunque esta conclusión no se da en absoluto por supuesta y merece una argumentación más detenida. A menudo, en efecto, la cuestión decisiva no es tanto si el legislador o el control de constitucionalidad garantizan una protección igual del derecho fundamental individual, sino más bien la importancia de que sea *prioritario* para el Parlamento establecer democráticamente un punto de equilibrio entre varios derechos en juego, que pueda someterse después, en cualquier caso, al control del Tribunal Constitucional.

Por último, si la cuestión central (y controvertida) sigue siendo la opción de confiar generalmente a los jueces constitucionales la última palabra en materia de derechos, no menos importantes son *el modo* y la *progresión* con que llegan a pronunciarla, así como la capacidad de *argumentarla*. A esto hay que añadir, por supuesto, el hecho obvio de que incluso el problema de la última palabra es, al menos en parte, de *curso descendente*, es decir, consecuencia del hecho de que, en cierto sentido, los tribunales como mucho... *viven sólo de palabras*, ya que la ejecución/implementación de sus decisiones corresponde a otros órganos[36].

36. Cf. RUGGERI, Antonio, SPADARO, Antonino, *«Lineamenti di giustizia costituzionale»*[VII], Turín 2022, p.19.

4. EL CONTROL DÉBIL DE CONSTITUCIONALIDAD: EL SENTIDO «ORIGINAL» DE LA CATEGORÍA Y LAS DUDAS SOBRE LA COHERENCIA INTERNA DEL MODELO

Antes de concluir con algunas observaciones finales sobre la Corte Constitucional italiana, puede servir una referencia más detenida sobre el concepto de control de constitucionalidad «débil».

En general, desde un punto de vista *estructural*, es preciso distinguir entre un sistema de control de constitucionalidad «débil» —en el que los Tribunales no tienen competencia para anular o dejar sin efecto una ley que ya ha entrado en vigor o, al menos, no la tienen en un determinado ámbito o, por ejemplo, en relación con la garantía de los derechos— y un posible mecanismo de flexibilización (y/o reequilibrio) de un control de constitucionalidad «fuerte» que puede plantearse como obligatorio para determinados tipos de procesos y materias[37] o como un instrumento facultativo —posiblemente incluso «creado» a modo de prejudicialidad— al que los Tribunales Constitucionales *pueden* acudir como vía intermedia entre la solución más estricta de la anulación pura y simple (que, por ejemplo, podría crear un vacío aún más inconstitucional) y la mera inadmisión o rechazo de la cuestión o recurso[38].

Esta diferencia no parece adecuadamente tenida en cuenta en el trabajo de S. Gardbaum, que incluye lo que él denomina *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*[39] a la categoría de formas débiles de *revisión judicial*. Se trata de un «modelo» extraído a partir de los rasgos comunes de los mecanismos de control de constitucionalidad previstos tras la «oleada» de cartas de derechos introducidas en algunos Estados en las dos décadas anteriores al cambio de milenio (o inmediatamente después). Consideremos, en particular, la Carta Canadiense de Derechos y Libertades (1982), la *New Zealand Bill of Rights Act* (1990, en adelante: NZBORA) y, en el Reino Unido, la *Human Rights Act* (1998, en adelante: HRA).

37. Considérese, para el ordenamiento jurídico italiano, el principal juicio sobre las leyes regionales llevado a cabo por la Corte Constitucional como medida preventiva hasta la reforma constitucional del Título V de la Constitución (Ley Constitucional n.º 3/2001).

38. También existe la posibilidad de que el control de constitucionalidad se realice, por el mismo órgano, *de forma preventiva* y *a posteriori*, como demuestra la experiencia de la República Francesa tras el histórico y reciente «injerto» del segundo tipo de juicio. Es evidente que el control previo, por sus características intrínsecas, debe considerarse un mecanismo débil de control constitucional desde el punto de vista *estructural* (utilizando el significado de este término en estas páginas).

39. Cf. GARDBAUM, Stephen, «*The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*», *Ius Politicum*, 13, 2014, p.1 y ss.; *id.*, «*The Case for the New Commonwealth Model of Constitutionalism*», *German Law Review*, Vol. 14 (2013), No. 12, pp. 2229 y ss.

Las principales expresiones de tal modelo serían:

1) la llamada *notwithstanding clause* (art. 33 de la Carta de Derechos canadiense) según la cual el legislador federal o provincial puede introducir expresamente en una ley una salvaguarda o reserva, declarando que ésta o una de sus disposiciones no aplicará (en particular, en el artículo 2 o en uno de los artículos 7 a 15). Esto permite volver a proponer una ley que ya ha sido declarada inconstitucional o blindarla contra un futuro juicio de constitucionalidad [40]. La cláusula deja de surtir efecto tras un período máximo de cinco años (salvo que se estipule un período más breve) y puede prorrogarse. Esta cláusula crea un instrumento de diálogo con el poder legislativo, permitiendo a éste último volver a plantear una ley anulada y, al mismo tiempo, abre un debate público sobre los derechos de la Carta.

2) el deber de interpretar la ley de forma coherente con las disposiciones sobre derechos (Reino Unido, art. 3 HRA («en la medida de lo posible»); Nueva Zelanda, art. 6 NZBORA)) [41] ;

3) la facultad de declarar incompatibles las leyes que entren en conflicto con las disposiciones de la Carta de Derechos, sin que ello lleve aparejada la nulidad o la producción de efectos vinculantes para las partes o el propio legislador (Reino Unido, art. 10 HRA). Más bien, en este caso —pero también cuando ha habido una decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que declara una medida nacional contraria al Convenio—, un Ministro puede, tramitar una *Remedial Order*, para modificar (o derogar), por diferentes procedimientos según exista o no urgencia, la legislación para superar la incompatibilidad declarada.

Es discutible si los casos que acabamos de mencionar pueden insertarse en un «modelo» específico de control débil. Con la vista puesta en la protección de los derechos, mientras que en Nueva Zelanda y en el Reino Unido

40. Sobre la relación entre la adopción de la Carta y el nacionalismo quebequés, véase CHOUDHRY Sujit, «*Not a New Constitutional Court: The Canadian Charter, the Supreme Court and Quebec Nationalism*», en AA.VV., *The Political Origins of Constitutional Courts*, editado por G. Pasquino y F. Billi, Roma 2009, pp. 39 y ss.

41. En Nueva Zelanda también existe la disposición de un control llevado a cabo por el *Attorney-General* con el fin de poner de manifiesto a la Asamblea cualquier disposición de un proyecto de ley que considere que pueda estar en conflicto con la Carta (*secc.* 7A, NZBORA). Véase DURANTI, Francesco, «*La nuova circolazione dei modelli costituzionali negli ordinamenti di matrice anglosassone*», *Forum on line di Quad. cost.*, 8 de junio de 2010, espec. pp. 3 y s.

el control de constitucionalidad sobre los derechos es sólo «débil», en Canadá la *cláusula notwithstanding* es un instrumento que, de hecho, suspende temporalmente un *strong judicial review* sobre una ley determinada en relación con su adecuación a la Carta de Derechos, con la excepción de una serie de derechos, como los definidos expresamente como «democráticos» (el derecho de sufragio activo y pasivo), sugiriendo de otro modo lo que se señaló en relación con las tesis de Waldron: un control débil es a veces posible y útil, pero a condición, entre otras cosas, de que un *strong judicial review* garantice las condiciones previas esenciales del proceso democrático.

Hay que añadir que la Carta de Derechos canadiense tiene una raíz histórico-institucional precisa, y que la cláusula en cuestión tenía la finalidad particular de permitir un mecanismo de flexibilización en beneficio de la minoría francófona y católica de *Quebec*, frente a una Carta que muestra la revancha de la perspectiva de los derechos sobre la durante mucho tiempo preponderante de las relaciones interinstitucionales. Esta peculiar condición por la que los derechos de las minorías se protegen no a través de *la fuerza* (rigidez y fuerte control de constitucionalidad) sino de *la debilidad* (o deferencia al poder legislativo) explica en primer lugar por qué la cláusula sólo ha sido utilizada hasta ahora por las asambleas legislativas provinciales. Además, deja claro por qué no se puede poner para superar el conflicto con los derechos lingüísticos, una opción que evidentemente se presenta como una clara *defensa* contra cualquier opción en sentido contrario por parte del parlamento central. Por último, según el artículo 27, la Carta debe interpretarse de forma coherente con la preservación y mejora del patrimonio multicultural de los canadienses.

Es significativo, por tanto, que se prevea un instrumento flexible y de diálogo en una Carta de Derechos que forma parte de una Constitución que contempla un control difuso «fuerte». Al mismo tiempo, sin embargo, podría decirse que ésta constituye el contrapeso de cierre que una decisión de anulación determina en materia de derechos, mientras que el control «fuerte» en materia de reparto de competencias —cuando está prevista— no genera, en definitiva, un «blindaje» análogo respecto del proceso democrático, determinando a lo sumo un «desplazamiento» concreto de poder *de un legislador a otro*. Pero ni siquiera esta distinción parece ser válida en términos absolutos, ya que, por lo general, puede darse el caso de que sea precisamente la garantía de los derechos la que impulse a decidir un conflicto de una determinada manera.

Nos encontramos así ante experiencias muy diferentes de sindicación de derechos, basadas en una (Nueva Zelanda) o varias instituciones «débiles» (Reino Unido), o principalmente en un mecanismo de flexibilización

del control fuerte (Canadá), que en su conjunto comparten, aunque de forma muy peculiar y diferenciada, el concepto (ante todo, prescriptivo) de *constitucionalismo colaborativo*, dentro del cual los tribunales y los órganos políticos contribuyen, cada uno con competencias diferentes, a garantizar los derechos[42].

Evidentemente, el grado de esta cooperación puede variar en función de los contextos, hasta el punto de que se ha hablado de una «inestabilidad» implícita del control débil de constitucionalidad, es decir, de una posible oscilación pendular entre la «fuerza» del control de las leyes y la «deferencia» total de los tribunales hacia el poder legislativo[43].

Si esta posibilidad hace comprensibles las preocupaciones relativas a la eficacia de la garantía de los derechos en el seno de tales modelos[44], pasando del plano prescriptivo al descriptivo, la realidad de las cosas ofrece sin embargo ejemplos interesantes del funcionamiento virtuoso del constitucionalismo colaborativo en el sentido de la posible consecución de un equilibrio.

En cuanto a Canadá, aunque la cláusula sigue siendo un instrumento potencialmente perturbador —también porque puede invocarse respecto, por ejemplo, al propio derecho a la vida y ya se ha fijado en leyes relativas, entre otros temas, al laicismo y al derecho de huelga—, su uso limitado hasta ahora, sólo por parte de las asambleas legislativas provinciales (especialmente la de Quebec), refleja su naturaleza de *válvula de escape* excepcional y de reequilibrio del sistema.

Por otra parte se ha sostenido que dicha cláusula sería uno de los cuatro mecanismos por los que la propia Carta facilita y regula el diálogo entre

42. Con especial referencia al Reino Unido, véase más recientemente KAVANAGH, Aileen, «*The Collaborative Constitution*», Cambridge, 2024.

43. Así, TUSHNET, Mark, «*Weak Courts*», cit., p. 11. En el marco de su tesis, más bien radical, esta inestabilidad contribuye a dejar inalterado el juicio negativo hacia el control de constitucionalidad, bien puesto de relieve, por otra parte, en otra de sus conocidas y anteriores monografías: «*Taking the Constitution Away from the Courts*», Princeton 1999, en la que impugna su efectivo desempeño, su utilidad concreta —dado que los *checks and balances* serían suficientes— así como, en fin, la supuesta consecuencia de impedir que el pueblo vuelva plenamente a ocuparse de la Constitución y, por tanto, de la acción política.

44. Para GROPPI, Tania, «*La legittimazione della giustizia costituzionale. Una prospettiva comparata*», *Percorsi costituzionali*, 2-3, 2010, p. 133, «sólo la presencia de una opinión pública constitucional atenta y vigilante y de un poder legislativo dotado de un alto grado de sensibilidad constitucional puede impedir el vaciamiento de una de las conquistas centrales del constitucionalismo, a saber, la garantía de las minorías frente a las mayorías políticas».

Cortes y el Parlamento, dando lugar a un debate público en el que los derechos garantizados por la Carta desempeñan un papel más destacado que el que tendrían en ausencia de un control sobre su observancia. Dicho control raramente bloquearía un determinado texto legislativo, pero incitaría al legislador a remodelar el vigente para alcanzar objetivos similares sin violar los derechos de la Carta[45]. Sin embargo, es cierto que existen límites o *barreras* al diálogo, por ejemplo, cuando el propio objetivo perseguido por el legislador es inconstitucional o la cuestión es tan controvertida —política, social o moralmente— que hace ardua la respuesta del Parlamento (como, por ejemplo, en el caso de la regulación del aborto)[46].

Por otra parte, aunque en los últimos años se ha observado una tendencia hacia un uso instrumental de la cláusula —a menudo simplemente anunciada/amenazada de modo populista o aplicada para blindar limitaciones a veces muy discutibles de los derechos reconocidos por la *Carta* con respecto a determinadas categorías de personas (por ejemplo, en relación con los menores *transgender*)—[47], al mismo tiempo ha habido cláusulas incorporadas a leyes y luego derogadas, a raíz, entre otras cosas, de feroces

45. Véase HOGG Peter W, BUSHELL, Allison A., *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All), Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 35 (1997), n.º 1, espec. 82 y ss, según el cual los instrumentos de la Carta que facilitan este «diálogo» son: 1) el artículo 33 (la *notwithstanding clause*); 2) el artículo 1, según el cual «The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* garantiza los derechos y libertades que en ella se enuncian, con sujeción únicamente a los límites razonables prescritos por la ley que puedan justificarse de forma demostrable en una sociedad libre y democrática»; 3) la disposición de los denominados derechos *cualificados* (n. del t. entre nosotros, derechos de configuración legal), es decir, cuya garantía está sujeta a condiciones particulares (por ejemplo, el artículo 9 garantiza el derecho a no ser «detenido o encarcelado», aunque sea arbitrariamente); 4) la cláusula antidiscriminatoria del artículo 15 (1), que, si se utiliza como parámetro para una declaración de inconstitucionalidad, deja sin embargo varias posibilidades al legislador (por ejemplo, ampliar el abanico de beneficiarios a una categoría previamente excluida o eliminar la prestación por completo). Sobre el diálogo entre Corte Constitucional y Asambleas democrático representativas véase Gerotto Sergio, «*Giustizia costituzionale e democrazia: premesse metodologiche per un'analisi dei rapporti tra giudice costituzionale e poteri democraticamente legittimati*» y Nicolini Matteo, «*"Dialogo", "tensione" e* supra-majoritarian difficulty: *per una lettura dei rapporti* tra giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato», en AA.VV., «*Giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato*», Vol. I, «*I soggetti, gli strumenti e i meccanismi del dialogo*», a cargo de D. Butturini e M. Nicolini, Bologna 2017, respectivamente pp. 11 ss. y 49 ss.

46. Cf. HOGG, Peter W, BUSHELL, Allison A., *Ibid*., pp. 92 y ss.

47. Cf. ALTOMARE, Mario, «*La* Notwithstanding Clause c*ome l'"arma" dei governi provinciali di maggioranza. Il dibattito sui difficili equilibri tra Corti e legislativi nel sistema di protezione dei diritti*», *Nomos. Le attualità nel* diritto, 3, 2018, pp. 1 y ss.; FIORENTINO, Andrea, «*Nuovo anno, vecchie questioni: il Canada tra le riforme delle* Rules *del Senato e lo spettro della clausola* notwithstanding», *Nomos. Le attualità del diritto*, 1, 2024, pp. 3 y s.

protestas (véase, por ejemplo, la *Keeping Students in Class Repeal Act*, que entró en vigor en Ontario en 2022 y luego fue derogada), por ejemplo, en materia de huelgas, la *Keeping Students in Class Repeal Act*, que entró en vigor en Ontario en 2022 y fue posteriormente abolida). En resumen: existe un riesgo de utilización instrumental de esta institución, pero no hay que subestimar la posible reacción de la opinión pública, general o sectorial.

Se ha objetado, en efecto, que la cláusula no introduciría realmente una flexibilización neta del *strong scrutiny*, ya que el legislador no impugnaría la interpretación del parámetro ofrecida por los Tribunales y no compartida, sino que, partiendo de esa misma interpretación constitucional, introduciría la cláusula *notwithstanding* considerando que, según *su propia* interpretación de la ley, no existe una vulneración real de derechos[48]. Sin embargo, esto no es indiscutido. El legislador ha demostrado que aborda cuestiones complejas de ponderación de derechos mediante dicha cláusula, que además permite extender la valoración más allá de los límites de la Carta[49].

En cuanto al Reino Unido y Nueva Zelanda, el hecho de que tales formas de control débil de los derechos estén previstas por leyes ordinarias y no por una Constitución escrita y rígida —de la que carecen esos países— plantea otra cuestión específica. En particular, por lo que respecta a los primeros —aparte de la necesidad de que cualquier modificación o derogación se produzca de forma explícita—, se ha argumentado que, políticamente, no todos los *statutes* son iguales y que, una vez introducidas tales formas de control, existen considerables obstáculos políticos para su abolición, y de hecho podría establecerse una *Convention* a tal efecto[50].

48. TUSHNET, Mark, «*Weak Courts*», cit., p. 33.

49. Cf. SNOW, Dave, «*When Rights Clash. The notwithstanding clause and Saskatchewan's pronoun policy*», Instituto Macdonald-Laurier, 2023.

50. WALDRON, Jeremy, «*Rights*», cit., p. 7. Sobre el sistema de justicia constitucional en Reino Unido véase ROSA, Francesca, «*Lo Human Rights Act e il processo di internazionalizzazione dei diritti fondamentali*», *Pol. dir.*, 4, 2000, pp. 679 y ss.; EAD., «*I Paesi senza controllo di costituzionalità delle leggi*», en AA.VV, *La giustizia costituzionale in Europa*, editado por M. Olivetti y T. Groppi, Milano 2003, pp. 393 y ss.; TORRE, Alessandro, «*La giustizia costituzionale* nel Regno Unito: caratteri, istituzioni *e prospettive*», in AA.VV, «*Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*», edited by L. Mezzetti, Padova 2008, pp. 317 y ss. Para GUASTAFERRO, Barbara, «*Magna Carta, Common Law Constitutionalism e mutamenti della funzione giurisdizionale*», *Diritticomparati.it*, 9 de noviembre de 2015, los mencionados cambios introducidos en el Reino Unido —a los que se añade la institución del *Tribunal Supremo que* asume las funciones jurisdiccionales antes ejercidas por la *Cámara de los* Lores— han permitido a los jueces ejercer sin embargo una «interferencia» sobre el poder legislativo a través de decisiones sobre la incompatibilidad y resurge globalmente la idea —subyacente a la propia *Carta Magna*— de los derechos preexistentes al poder.

En realidad, en Reino Unido parecen enfrentarse al menos dos «culturas»: la primera, firmemente anclada en la tradición de la soberanía parlamentaria, muestra en ocasiones una impaciencia cíclica incluso con ciertas formas «débiles» de control constitucional. La segunda, en cambio, adopta la forma de una alarmante respuesta social a los intentos de dar marcha atrás en la HRA y revela cómo, en efecto, la introducción de una *Bill of Rights* facilita al menos la consolidación de una cultura de los derechos. De hecho, en cierto sentido, precisamente porque el rango ordinario y no constitucional de la HRA no garantiza un «blindaje» jurídico adecuado de los logros, un remedio fundamental contra cualquier regresión que pudieran pretender los legisladores poco sensibles sigue siendo el control de una opinión pública atenta.

Incluso la interpretación conforme — *interpretative mandate*— podría acabar negando el punto de partida del control débil, es decir, la necesidad de dejar enteramente en manos del Parlamento la elección en relación con la interpretación y los juicios morales sobre los derechos. De hecho, el juez ofrece, en la medida de lo posible, una interpretación de la ley de acuerdo con la *forma* en que interpreta las disposiciones sobre derechos. En cierto sentido, pues, la interpretación conforme podría tender a un refuerzo del texto legislativo *precisamente porque no existe un control de constitucionalidad fuerte*, ya que el juez que considere que no puede interpretar la ley de manera conforme a los derechos no tendría otro recurso que la declaración de incompatibilidad, que para las partes implicadas equivale a un rechazo y se reduce a la expectativa de que la ley sea modificada por el mismo órgano que produjo el acto.

No es casualidad que, en los últimos tiempos, la reacción mostrada en el Reino Unido por los órganos políticos parezca referirse incluso al propio deber de interpretar la ley de forma coherente con la HRA, tanto más en la medida en que ésta se convierte en vehículo de las interpretaciones extensivas del propio TEDH —a partir de la consideración del Convenio Europeo como un «instrumento vivo»— y, por tanto, de decisiones creativas con un efecto globalmente más «robusto» que la propia declaración de incompatibilidad[51]. De hecho, según la propia HRA, cuando un juzgado o tribunal decida sobre una cuestión que se plantee en relación con un derecho amparado por el Convenio deberá tener en cuenta, entre otras cosas, cualquier sentencia, decisión, declaración u opinión consultiva del TEDH (Sec. 2(1)(a)).

51. Cf. BARBISAN, Benedetta, «*The New British Bill of Rights and Public Ownership of Rights in the United Kingdom*», *Diritticomparati.it*, 3, 2022, pp. 791 y ss.

Por tanto, se puede entender el origen de la *Safety of Rwanda (Asylum and Immigration) Act 2024*, por la que se declararon inaplicables varias partes de la HRA en un ámbito concreto de la legislación sobre inmigración. Por ejemplo, se establece que la Sección 2 de la HRA —relativa a la interpretación de los derechos sobre la base de la jurisprudencia del TEDH— no se aplica en el caso de que un juzgado o tribunal esté considerando si la República de Ruanda es o no un país seguro al que una persona puede ser trasladada en virtud de cualquier disposición o estipulación de las leyes de inmigración (Sec. 1(a)); sin perjuicio de la posibilidad de decidir —incluso en apelación— que dicho país no es seguro *para el recurrente*, sobre la base de pruebas convincentes relativas a su estado particular.

Volviendo a la declaración de incompatibilidad, la colaboración global entre los tribunales y los órganos políticos se hace aún más palpable. Este instrumento no es estructuralmente antagónico a la *sovereignty of Parliament*. Al contrario, permitiría a los Tribunales ejercer una función de *alert* frente al Parlamento, similar a la que ejerce el «canario en la mina de carbón»[52], dejando aún la última palabra al proceso democrático.

De hecho, tal afirmación genera en realidad una expectativa de enmienda, en virtud de la cual un gobierno que desee mantener la ley se vería obligado a expresar las razones de su importancia o la posibilidad de interpretarla de forma que se ajuste a la HRA, también para desalentar los recursos ante el TEDH. En este sentido, se ha argumentado que la corrección de esta expectativa depende de si el sistema *funciona* —siendo *estructuralmente* débil —como w*eak* o *strong*[53].

En este sentido, el *report* «Responding to human rights judgments: 2022 to 2023» destaca algunos datos significativos[54].

En primer lugar, desde la entrada en vigor de la HRA, ha habido un pequeño número de declaraciones de incompatibilidad (47), que presuponen, como se ha dicho, la imposibilidad probada de una interpretación conforme. Algunas de estas decisiones han sido revocadas por la Corte Suprema, que en ocasiones ha reconocido la existencia en el caso concreto de un margen de apreciación estatal en relación con determinados perfiles de protección del derecho en juego. Sin embargo, es especialmente significativo el hecho de que las declaraciones de incompatibilidad adoptadas o

52. V. WALDRON, Jeremy, *ibídem*, p. 14.
53. TUSHNET, Mark, «*Tribunales débiles*», cit., p. 31.
54. El *report* del Ministro de Justicia, fechado el 13 de noviembre de 2013, puede consultarse en https://www.gov.uk/government/publications/responding-to-human-rights-judgments-2022-to-2023.

confirmadas por el Tribunal Supremo han ido seguidas,en casi todos los casos, de la correspondiente modificación para eliminar la incompatibilidad constatada.

En conjunto, por tanto, puede concluirse que, en un sistema realmente orientado hacia la corrección y a la colaboración entre los Tribunales y los órganos políticos —que no reduzca excesivamente los espacios de conflicto político[55]—, incluso una forma *estructuralmente* débil de control de constitucionalidad puede *funcionar como* un instrumento adecuado para la protección de los derechos. Podría, por tanto, formar parte de un concepto de control de constitucionalidad reformulado en términos muy amplios —probablemente demasiado amplios respecto de las premisas del neoconstitucionalismo—, entendido como una actividad que en su conjunto asegura o hace altamente probable, también o especialmente mediante la colaboración de los órganos de dirección política, la supresión de actos o disposiciones inconstitucionales. Y, debe recordarse de nuevo, a los efectos de este efecto, no debe olvidarse el «peso» que cualquier recurso ante el TEDH tiene frente al legislador en ausencia de un seguimiento adecuado[56].

5. AMPLIACIÓN SEMÁNTICA DE LA DISTINCIÓN ENTRE FUERZA Y DEBILIDAD: EL PROBLEMA DEL CÓMO

Se ha visto cómo mecanismos *estructuralmente* débiles de control constitucional también pueden *funcionar* de manera «fuerte», aunque el significado original de la propia distinción entre *forma débil* y *forma fuerte* de control de las leyes se refiera únicamente al perfil *estructural* y, en particular, a la manera en que una sentencia está prevista en el ordenamiento jurídico.. Además, mientras que esta última acepción es estrictamente jurídica, la *funcional* corre el riesgo de deslizarse hacia el ámbito de la sociología jurídica.

La aclaración es tanto más necesaria en cuanto que la distinción entre «fuerza» y «debilidad» en el juicio de constitucionalidad también se ha

55. Cf. LUCIANI, Massimo, «*Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*», *Giur. cost.*, 4, 2006, pp. 1643 y ss.

56. Además, el peso del llamado control de convencionalidad es tal que en algunas jurisdicciones «sustituye» completamente al control de constitucionalidad. Así, por ejemplo, en virtud del artículo 120 de la Constitución de 2018 de los Países Bajos, la constitucionalidad de los actos del Parlamento o de los tratados no puede ser objeto de control por el Tribunal ni en forma de anulación ni de mera declaración de incompatibilidad. No obstante, el artículo 94 establece que no pueden aplicarse las leyes que entren en conflicto con las disposiciones de los tratados vinculantes para todas las personas o las resoluciones de las instituciones internacionales.

retomado para otros fines, con clasificaciones que, sin embargo, pueden remontarse al plano *funcional*.

Se piensa en el *modo* y las *técnicas decisorias* con las que los Tribunales «eligen» ejercer sus competencias, dejando más margen de actuación a los órganos políticos electivos para definir las cuestiones constitucionales (posición *minimalista* o *dialógica*) o, por el contrario, reduciéndolo al mínimo (posición *maximalista*). En este sentido, puede ser interesante averiguar si, eventualmente, se utilizan —o incluso son «creadas» por los tribunales— técnicas específicas de toma de decisiones «débiles» y/o «dialógicas» como instrumentos de moderación o «minimalismo», quizás en determinados ámbitos o bajo determinadas condiciones.

De nuevo: a veces se cuestiona la posición de «fortaleza» o «debilidad» institucional global que ocupa el Tribunal Constitucional, más allá de si el control sobre las leyes previsto por la Constitución (o a veces por las propias leyes) es *débil* o *fuerte*. Se trata de un concepto *descriptivo* de la legitimidad de los Tribunales, relativo a su grado de autoridad y credibilidad.

Ciertamente, existen conexiones evidentes entre los distintos significados de la distinción entre fuerza y debilidad.

Es evidente, por ejemplo, que incluso en presencia de un control de constitucionalidad estructuralmente fuerte, la «fuerza» o «debilidad» y la legitimidad general de un Tribunal pueden depender de muchos factores: la propia eficacia de la Constitución, la independencia del tribunal y la imparcialidad de sus miembros, su capacidad para *impartir justicia constitucional*, la coherencia en la aplicación e interpretación de las disposiciones procesales, la ausencia de desviaciones flagrantes de sus propias competencias también en la elección de las técnicas decisorias disponibles o en la creación de otras nuevas. Además, cuando se «sistematizan» periódicamente las nuevas tipologías decisionales surgidas en los procedimientos prejudiciales mediante la adopción de actos de autorregulación, en cierto sentido se crea un punto de contacto adicional entre los dos perfiles distintos de la distinción entre control fuerte y control débil de constitucionalidad: el *funcional*, vinculado a la *conducta* del Tribunal, y el *estructural*, que gira en torno al modo en que las normas procesales configuran el juicio constitucional.

En particular, así, se puede estar de acuerdo en que «Powerful courts may be able and willing to issue more robust or "coercive" judgments on certain issues than weaker, more constrained ones»[57]. No obstante, en algu-

57. GARDBAUM, Stephen, «*Revisión de la forma débil*», cit., p. 934.

nos aspectos, es precisamente un tribunal «fuerte» el que puede decidir recurrir con más frecuencia a un pronunciamiento «débil» de diálogo con el poder legislativo, porque es más probable —aunque no se da por descontado— que obtenga respuesta. Y, siendo realistas, tal sintonía confirmaría y/o aumentaría su legitimidad.

Se piensa, por ejemplo, en el hecho de que el propio Tribunal Constitucional alemán — que tiene la facultad de declarar la nulidad de las leyes y se cuenta entre los tribunales «más fuertes», por razones relacionadas no sólo con la historia del RF., sino también a su amplio abanico de competencias y a la forma en que, a través de la resolución de los recursos directos, ha sido reconocido como juez de derechos[58]— ha «creado» una nueva técnica decisoria, la «declaración de incompatibilidad» (y no de nulidad) de la ley (*Unvereinbarkeitserklärung*), sólo formalizada posteriormente mediante la introducción de una referencia precisa en el § 31, II, *BVerGG*.

Es cierto que este tipo de pronunciamiento no parece un mecanismo del todo «débil» desde el punto de vista *estructural*, teniendo en cuenta, entre otras cosas, que según el § 31 el legislador no puede adoptar una norma con el mismo contenido que la norma declarada incompatible y que, a diferencia del correspondiente instrumento decisorio en el Reino Unido, la declaración de incompatibilidad imposibilita la aplicación de la ley por los tribunales, salvo que el propio Tribunal indique lo contrario (la llamada resolución de vigencia ulterior) o prevea normas transitorias en el mismo pronunciamiento.

No obstante, se trata de una solución menos «invasiva» que la nulidad — por tanto: *relativamente* más débil —, instrumento al que el Tribunal Constitucional Federal ha recurrido en repetidas ocasiones en presencia, sobre todo, de una pluralidad de soluciones cuya elección debe dejarse al legislador, incluso en materia de igualdad, y cuando el posible pronunciamiento de nulidad podría crear un vacío aún más inconstitucional, obteniendo una atención por los Gobiernos y un seguimiento legislativo satisfactorios en su conjunto[59].

58. Sobre las diferencias, véase VON BOGDANDY, Armin, PARIS, Davide, «*La forza si manifesta pienamente nella debolezza. Una comparazione tra la Corte costituzionale e il Bundesverfassungsgericht*», *Quad. cost.*, 1/2020, pp. 9 y ss.; MASSA, Michele, «*Minimalismo giudiziario*», cit., espec. pp.199 y ss.; FIANO, Nannarel, «*Il fattore "tempo" nella giustizia costituzionale*», Milano 2022, *passim.*

59. De hecho, a veces también ha sucedido que la mitad de las declaraciones de incompatibilidad quedan sin seguimiento. Cf. CERRINA FERONI, Ginevra, «*Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca. Tipologie decisorie e* Nachbesserungspiflicht *nel controllo di costituzionalità*», Turín 2002, p. 67. Sobre esta técnica

6. LA LEGITIMIDAD DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA

El juicio de constitucionalidad en Italia no está en absoluto desprovisto de elementos de «debilidad», que, sin embargo, parecen haber surgido en gran medida de manera previa al juicio, por tanto: de concretas decisiones adoptadas por la Corte. Desde hace algún tiempo, de hecho, ésta ha recurrido a instrumentos que realzan la perspectiva del «privilegio del legislador», la oportunidad de «prudencia» y «progresión» antes de llegar a un posible juicio fuerte sobre la constitucionalidad. Se piensa, por ejemplo, en los juicios de constitucionalidad constatada pero no declarada o de constitucionalidad provisional, así como en el llamado aditivo de principio. En una categoría intermedia parece situarse la nueva forma de «doppia pronuncia» sobre la que tratamos al final de esta contribución.

A pesar de su autoridad reconocida, la Corte no ha podido contar hasta ahora con una voluntad marcada del Parlamento en el seguimiento «legislativo» exigido o presupuesto por sus decisiones. No obstante, la búsqueda de un «diálogo» con el poder legislativo no parece cesar, incluso últimamente justificada sobre todo por la apelación a las exigencias de una cooperación leal. Pero la cuestión es: ¿se puede encontrar una base para este deber?

Ciertamente es correcto decir que la Corte Constitucional, como órgano de garantía, tiene una legitimación *meta-democrática —en virtud de la (única) Constitución—* que contribuye junto con la legitimación *democrática* de las asambleas legislativas a una legitimación general de la democracia constitucional[60].

---

decisoria véase más recientemente FIANO, Nannarel, «*Il fattore "tempo"*», cit., espec. pp. 90 y ss.

60. Véase a tal efecto en una poderosa contribución en respuesta a los argumentos de Waldron, FALLON, jr. Richard H., «*The Core of an Uneasy Case for Judicial Review*», *Harvard Law Review*, Vol. 121 (2008), núm. 7, p. 1716. Para SPADARO, Antonino, «*Dalla "sovranita" monistica all'"equilibrio" pluralistico di* legittimazioni *del potere nello Stato costituzionale contemporaneo*», *RivistaAic*, 3, 2017, pp. 1 y ss, «La *pluralidad de* legitimaciones (...) se traduce al menos, como se ha dicho, en una "triple legitimación" del poder: junto a la legitimación desde abajo (popular o *democrática*), hay que reconocer, por tanto, también un principio de legitimación desde arriba, en la doble forma de legitimación *científica*, o según la competencia, y de legitimación *constitucional*, es decir, según valores superiores, en parte incluso metajurídicos. (...) la presencia de una sola de las tres formas de legitimación mencionadas conduciría a patologías evidentes que transformarían, respectivamente: sólo la legitimación popular en *oclocracia/demagogia*, sólo la legitimación científica en *tecnocracia*, y sólo la legitimación constitucional en *aristocracia/clerocracia* de jueces constitucionales, como sacerdotes arbitrarios de la Carta» (pag. 4).

Por otra parte, la Corte no tiene una función de representación política *en sentido estricto*, ya que no es elegida por el cuerpo electoral ni —con excepción de algunos jueces— por asambleas que sean a su vez representativas. Es de naturaleza diferente su capacidad (o necesidad) de captar la evolución de la conciencia social y considerarla a la hora de leer el parámetro constitucional. Del mismo modo, no es representativa la función «idealtípica» de la cuestión de legitimidad constitucional que en un juicio incidental de forma implícita — en orden a una posible anulación *erga omnes*— asume la «parte por el todo», esbozando los rasgos de un problema de constitucionalidad que puede plantearse de forma similar en otros casos y que puede afectar a categorías enteras de ciudadanos[61].

No obstante, esta última perspectiva puede proporcionar útilmente una especie de prueba de fuego en cuanto al modo en que la Corte de vez en cuando, mantiene un equilibrio entre las particularidades del caso y la perspectiva general vinculada a los efectos de sus decisiones. En efecto, la moderación de la Corte en las sentencias incidentales tiende a modular su respuesta de modo que no se comprometa más de lo que el asunto y las exigencias conexas de la justicia constitucional requieren, razón de más para evitar, salvo en casos excepcionales, las sentencias de «pedagogía constitucional».Piénsese, por ejemplo, en el papel que puede desempeñar a este respecto la presentación a la Corte de cuestiones subordinadas en una línea gradual, especialmente formulada por el juez *a quo* de modo que vaya de lo «máximo» para el Tribunal a lo más «mínimo», aunque igualmente adecuado para proporcionar una respuesta útil para el proceso principal[62].

Sin embargo, en ocasiones, el intento de hacer el traje (la solución) a medida (el caso de la sentencia *a quo*) podría conducir en la respuesta a un insoportable *déficit de* «generalidad», que proyectaría consecuencias inapropiadas e incoherentes o incluso una clara discriminación, como se verá más adelante.

La cuestión se vuelve aún más delicada cuando existe una inercia por parte del legislador, que evidentemente no puede justificarse cuando impida la adecuada garantía de un derecho o interés constitucional. Esta omisión choca con la opción del constituyente por un Tribunal kelseniano

61. Para ROMBOLI, Roberto, «*Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*», en AA.VV., «*Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1996-1998)*», editado por R. Romboli, Turín 1999, p. 107, «... sobre la base, sobre todo, del modo en que el juicio de constitucionalidad es subsumido por el Tribunal, no en su especificidad y particularidad concreta, sino en su "tipicidad", como caso que viene a representar, no sólo y no tanto los intereses presentes en el juicio principal, sino los de toda la comunidad o de toda una categoría de ciudadanos».

62. Véase como ejemplo la sentencia de la Corte n.º 223/2013.

(juez-custodio de la Constitución) para la garantía de «una Carta no kelseniana», es decir, de compromiso, estructurada principalmente *por principia* (o, si se quiere, con disposiciones interpretadas como expresiones de principios)[63]. En particular, sobre todo ante cuestiones abiertas de Derecho constitucional, se hace presente la paradoja de que, para ser verdaderamente un *juez* —al que no le está permitido eludir la exigencia de justicia constitucional, aunque sea «dentro de los límites de sus competencias»— [64], el Tribunal debe tomar posición sobre las posibles relaciones entre la cuestión, los grados de desarrollo de un principio y el significado de los «silencios» de la Constitución, incluso cuando su decisión termine por reflejar *la superación política* de la Constitución misma.

Dentro de ciertos límites, por tanto, este exceso es absorbido y hecho suyo por la *función de control* encomendada al Tribunal. En particular, si esta última puede considerarse como la *aplicación de* una norma jurídica determinada, hay que reconocer que en nuestro sistema el control de constitucionalidad no se limita a la aplicación de normas, sino que a menudo adquiere la fisonomía de la *concreción* de principios y cláusulas generales en relación con una cuestión determinada, actividad de por sí no poco compleja.

A pesar de esta transformación, e incluso bajo la discutida apariencia de «legislador positivo», el Tribunal conserva ciertos rasgos que lo hacen irreductible al papel de verdadero colegislador, ya que no puede apropiarse plenamente del tipo de poder normativo que, si bien está llamado a aplicar los principios constitucionales, puede moverse por su propio impulso y conservar un cierto grado de *libertad en su finalidad*, poder que tradicionalmente sólo pertenece a los órganos de dirección política.

Con una aclaración necesaria.

Es evidente que los límites del «espacio vacío» de Derecho constitucional (sentencia núm. 172/1999) tienden a estrecharse como consecuencia de la propia naturaleza de una Constitución llena de principios de contenido y eficacia jurídica indeterminados, que en muchos sentidos pueden hacer constitucionalmente relevante un ámbito material[65]. Sin embargo, a diferencia del legislador, la Corte puede producir normas 1) sólo a partir de un

63. MASSA, Michele, «*Minimalismo giudiziario*», cit., p. 233.

64. Para LUCIANI, Massimo, «*Ogni cosa al suo* posto», Milán 2023, p. 221, no existe «ninguna posibilidad de imaginar un "equilibrio" entre el principio de garantía de la Constitución y el principio de separación de poderes, ya que no se trata de un problema de principios, sino de competencias».

impulso externo y nunca *a partir de un mero acto de voluntad*, con la única excepción de la autorremisión, que, sin embargo, presupone la existencia de un juicio constitucional, como juicio *a quo*[66]; 2) con la obligación de motivar su decisión. Por otra parte, sin que, en principio, le corresponda «decidir si *decidir* o no, *sobre qué* decidir, porque el material de sus decisiones viene de fuera», así como «*cuándo* tratar un asunto determinado»[67] Sin embargo, en cierto sentido, las mismas reglas procesales relativizan esta última frontera, considerando, entre otras cosas, las competencias para fijar la agenda, la falta de una lista exhaustiva de motivos que legitimen la adopción de una decisión de inadmisibilidad, la posibilidad de adoptar decisiones de ilegitimidad, etc. A veces, por lo tanto, la discreción del Tribunal parece poder extenderse también a algunas de las opciones mencionadas en último lugar sin cruzar necesariamente el límite último de sus atribuciones, siempre que las necesidades objetivas de garantía constitucional sigan guiándolo, incluyendo la tarea de salvaguardar su propia legitimidad.

A la luz de estas premisas, la llamada «legislación positiva» del Tribunal Constitucional, si bien comparte el efecto *erga omnes* de la ley, nunca es el resultado de la voluntad de un verdadero *legislador*, de modo que la eventual *sustitución* del Tribunal o su «producción» normativa no deben equipararse —con una yuxtaposición lingüística que no ayuda a captar la realidad— a una especie de competencia legislativa *concurrente*. Si hay *concurrencia*, ésta sigue siendo atípica, en la medida en que se refiere al *ejercicio de funciones cuyo ejercicio puede tener el mismo efecto, pero que siguen siendo no homogéneas y por tanto no superpuestas.*

Por las mismas razones, el concepto de *concretización de* los principios de la Constitución por la Corte sigue distinguiéndose del de su *actuación*

65. Cf. SILVESTRI, Gaetano, «*La discrezionalità tra legalità e giurisdizione*», *Sistema penale*, 17.05.24, p. 5. Sobre los diferentes modos en que un determinado ámbito material puede ser «arrastrado» al ámbito de lo «constitucionalmente relevante», remitimos a nuestro trabajo «*La decisione sulla cittadinanza. Tra rappresentanza politica e fini costituzionali*», Napoli 2020, espec. pp. 76 y ss., donde distinguimos el concepto de *materia constitucional en sentido estricto* del concepto más amplio de *relevancia constitucional* de un ámbito material, que puede ser *directa* o *indirecta* (transversal).

66. Sobre el tema véase el estudio actualizado di PUGIOTTO, Andrea, FARAGUNA, Pietro, «*Corte costituzionale e autorimessione: una radiografia giurisprudenziale*», *Quad. cost*, 2, 2024, pp. 373 y ss.

67. Véase ONIDA, Valerio, «*Relazione di sintesi*», en AA.VV., «*Giudizio "a quo" e promovimento del processo* costituzionale», Milán 1990, 305, retomado por ROMBOLI, Roberto, «*Il diritto processuale costituzionale: una riflessione sul significato e sul valore delle regole processuali nel modello di giustizia costituzionale previsto e realizzato in Italia*», en «*Studi in onore di Franco Modugno*», IV, Nápoles 2011, p. 3028.

legislativa, aunque presente diferencias objetivas con respecto a la tradicional *aplicación* jurisdiccional —en particular, lógico-subjuntiva— de *las reglas.*

Parece así válida la afirmación de Kelsen de que la eliminación de la duda es normalmente inherente a la actividad interpretativa relacionada con la aplicación de la ley y, por tanto, a la propia función judicial. Entonces «se puede dudar de la oportunidad de confiar a un órgano jurisdiccional independiente la determinación del contenido de una ley *constitucional* dudosa y controvertida a este respecto, y se puede preferir, por diversas razones, que se ocupen de ello el Gobierno y el Parlamento. Pero es imposible considerar que la función de un tribunal constitucional no es jurisdiccional cuando la norma que está llamado a aplicar tiene un contenido dudoso y su fallo se resuelve así en la determinación de este contenido»[68].

Por otra parte, es significativo que el constitucionalismo político se aferre a la *primera* de las consideraciones y no a la *segunda*. Por el contrario, como hemos visto con Waldron, los estudiosos pertenecientes a esta corriente de pensamiento creen normalmente que debe ser el Parlamento el que se ocupe de la *aplicación constitucional* y de la garantía/individuación de los derechos, ya que consideran que los tribunales constitucionales son en realidad *menos adecuados* precisamente porque son órganos no electivos que desempeñan una función *jurisdiccional*[69], es decir, *determinada* por la finalidad de la garantía constitucional, no ligada a la legitimación democrática y vinculada al menos a ciertos elementos esenciales de procedimiento y de fondo.

Sin embargo, ¿qué sentido puede tener la primera de las afirmaciones de Kelsen (*si cabe dudarlo...*)? La cuestión está ligada al *grado de* discrecionalidad confiado a los Tribunales, que el propio jurista de Praga admite que puede llegar a ser excesivo si el control de constitucionalidad tiene como parámetro disposiciones constitucionales —empezando por las relativas a los derechos fundamentales— formuladas en términos excesivamente generales y que contengan «consignas vagas» (como «libertad», «justicia», etc.). En este caso, afirma, «existe el peligro de un *desplazamiento de* poder»[70], que no se refiere en general al poder legislativo —después de todo, para Kelsen, el Tribunal lo sostiene en un sentido negativo— sino a la tarea

68. KELSEN, Hans, «*Chi dev'essere il custode della Costituzione?*», en «*La giustizia costituzionale*», editado por C. Geraci, Milán 1981, p. 246.
69. No parece, sin embargo, que las diferencias entre los distintos modelos de justicia constitucional obstaculicen esta consideración.
70. KELSEN, Hans, *ibíd*., p. 254.

del Parlamento de implementar principalmente principios constitucionales con un contenido altamente indeterminado.

Volviendo al punto central del discurso, reconocer que la Asamblea Constituyente eligió la vía del control judicial de constitucionalidad para *este* tipo de constitución no permite ignorar la cautela de Kelsen y la advertencia de Waldron, sobre todo ante la clara existencia de cuestiones *abiertas* de derecho constitucional, precisamente porque —por las razones ya expuestas— un Tribunal Constitucional no está en las mismas condiciones *estructurales* y *funcionales* de «querer» que un órgano de dirección política.

En particular, en presencia de cuestiones de gran complejidad, con soluciones múltiples y articuladas que requerirían una intervención orgánica del legislador, la perspectiva general del control de las leyes puede quedar inadecuadamente aplastada sobre las necesidades limitadas y específicas del proceso concreto, respondiendo así, ciertamente, a las necesidades de este último, pero a costa de confinar una respuesta *erga omnes* a una especie de «lecho de Procusto». Por ello, el recurso a formas de diálogo con el legislador puede resultar necesario para intentar recuperar, a través de su intervención, un *estándar* adecuado de «generalidad» en la respuesta a los problemas de justicia constitucional, pero también para permitir la confrontación de opiniones diversas, especialmente en materia de derechos y cuestiones sobre las que existe un desacuerdo moral en el Parlamento y en la sociedad.

Obviamente, tal conducta no viene exigida *por las normas procesales* (ni se basa directamente en ellas), sino que responde a necesidades sistémicas vinculadas a la propia función de garantía de los Tribunales constitucionales, necesidades que a veces llevan a identificar en el diálogo con el Parlamento la forma particular de cooperación leal que constituye la mejor estrategia para optimizar la tarea de garantía constitucional.

Este deber de responsabilidad puede basarse en una especie de racionalidad con respecto tanto al principio democrático como al principio de protección adecuada de los derechos fundamentales. En particular, entonces, tal elección puede justificarse tanto respecto del *ut* —como una acción racional capaz de alcanzar el fin, siempre que pueda obtenerse como resultado la *cooperación* del legislador— como respecto del *quia*, el imperativo de la mejor garantía que impulsa al Tribunal a hacerlo en el ejercicio de su función. Es la diferencia entre quien salta a un río sabiendo que puede salvar a una persona y quien lo hace con escasas posibilidades de éxito pero no puede hacer otra cosa porque le *mueve* el afecto. Sólo la segunda forma de legitimidad/racionalidad permanece más allá del éxito de la obra. Así tam-

bién para el Tribunal: incluso en ausencia de ser secundada posteriormente por el legislativo.

7. LA ORDEN DE REMISIÓN A UNA FECHA FIJA (LA LLAMADA DOBLE PRONUNCIAMIENTO)

A partir del llamado «caso Cappato» —relativo a un caso de suicidio asistido— el Tribunal Constitucional ha inaugurado una nueva y articulada técnica decisoria, que se despliega en *dos pronunciamientos diferentes* en un mismo caso.

El *primero*, definido por algunas voces como un auto «de inconstitucionalidad prospectiva», se basa en tres pilares 1) la mera constatación (sin declaración) de la inconstitucionalidad, aunque sea parcial, de la norma —o de una de las normas— enjuiciada, junto con el reconocimiento de la necesidad de dejar la elección al legislador, existiendo una pluralidad de soluciones posibles frente a las cuales la anulación correría el riesgo de determinar un *vulnus* igual o más insoportable respecto de los principios constitucionales; 2) la presencia de una motivación mucho más amplia que la «sucinta» exigida para las ordenanzas, con la identificación de directivas/principios, más o menos numerosos y detallados, dirigidos al legislador; 3) el aplazamiento de la audiencia pública a una fecha posterior — un año (o menos), salvo que se opte por un nuevo aplazamiento— operado en el espíritu de una cooperación institucional leal para que el Parlamento (pero nada quita que un régimen de este tipo pueda afectar también a un Consejo Regional) pueda aprobar una disciplina conforme a los principios indicados.

La *segunda* decisión —que completa esta forma de «doble pronunciamiento»— es la que «cierra» el procedimiento y adopta la forma, según los casos, bien de una sentencia estimatoria de la demanda (de las diversas cuestiones planteadas o sólo de algunas de ellas), cuando no ha habido actuación legislativa, bien de una orden de devolución de los documentos para su debida comprobación, cuando el legislador ha intervenido con una modificación global de las normas en cuestión que afecta inmediatamente al núcleo de las cuestiones planteadas por la orden de remisión de la Corte (Orden n.º 227/2022).

Dejando para la próxima sección el examen más detallado de dos perfiles relativos al contenido de estas decisiones, nos detendremos inmediatamente en algunas características de la técnica de toma de decisiones[71].

71. Evitamos en esta contribución enumerar la ingente bibliografía generada por cada una de las soluciones de fondo adoptadas por la Corte, limitándonos a recordar

Hasta el momento, el doble pronunciamiento ha tenido escasa aplicación (tres casos en seis años)[72]. El hecho puede explicarse de muchas maneras: la peculiaridad de las cuestiones que le dieron origen, especialmente la primera, el posible efecto disuasorio que explican las diversas críticas formuladas por la doctrina, así como la circunstancia de que en dos de los tres casos el auto de inconstitucionalidad planteado quedó sin seguimiento.

Sobre este último aspecto, de hecho, también se puede, por así decirlo, suspender el juicio. En efecto, teniendo en cuenta la delicadísima materia sobre la que intervino el primer doble pronunciamiento —la punibilidad del suicidio asistido en casos particulares—, podría decirse también que el único seguimiento no fue del todo irrelevante, aunque sí lo fue de la mano del Gobierno al inicio de la nueva legislatura, mediante la aprobación de un decreto-ley cuyas condiciones de necesidad y urgencia tenían que ver con las peticiones de la Corte Constitucional y cuyo contenido, con algunas modificaciones, recogía el de proposiciones de ley que ya se encontraban en avanzado estado de tramitación en la anterior legislatura y que luego decayeron como consecuencia de la disolución anticipada de las Cámaras.

Obviamente, la cuestión del seguimiento no se limita a la perspectiva de la disciplina de las relaciones interinstitucionales, ya que afecta a la pro-

---

algunas contribuciones relativas a los aspectos procesales de esta nueva técnica, sobre la que, efectivamente, ha habido opiniones discordantes en la doctrina, pero, en conjunto, más críticas que favorables. En particular, la propia complejidad de las cuestiones planteadas —y, en ocasiones, la presencia de desacuerdos políticos y morales— haría inimaginable que el Parlamento pudiera intervenir en el plazo previsto. Véase ROSSI, Emanuele, «*L'ordinanza n. 207 del 2018: un tentativo di reagire a omissioni (incostituzionali) del legislatore?*», *Forum Quad. cost.*, Rass., 5 de julio de 2019; Ruggeri Antonio, «*Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda a margine di Corte cost. ord. n. 207 del 2018)*», *Consulta Online*, I, 2019, pp. 92 y ss.; Ruotolo Marco, «*L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*», *Rivista AIC*, 2, 2019, pp. 644 y ss.; PANZERA, Claudio, «*L'ordinanza "una e trina"*», *Forum di Quad. cost.*, 7.06.2019; PINARDI, Roberto, «*Le pronunce Cappato: analisi di una vicenda emblematica della fase attualmente attraversata dal giudizio sulle leggi*», en «*Liber amicorum per Pasquale Costanzo*», 24.04.2020, pp. 1 y ss. Para una visión «final», véase PETTINARI, Nicola, «*Le nuove "ordinanze ad incostituzionalità prospettata" in Italia. Riflessioni a margine di una tecnica decisoria "peculiare"*», Napoli 2024, espec. pp. 41 ss.

72. En particular: 1) Auto núm. 207/2018 – Sentencia núm. 242/2019 (pero véase también, para una cuestión relativa a la interpretación de una de las condiciones establecidas por la doble sentencia, la Sentencia núm. 135/2024); 2) Auto núm. 132/2020 – Sentencia núm. 150/2021; 3) Auto núm. 97/2021 – Auto núm. 122/2022 (segunda remisión) – Auto núm. 227/2022 (devolución de documentos). Volveremos sobre los dos primeros grupos de decisiones en el apartado siguiente, mientras que hay que recordar que el tercer grupo se refería al delicado tema de la llamada «cadena perpetua».

pia cultura y funcionamiento de los partidos políticos, a las estrategias de consenso, así como, no pocas veces, al carácter moral y cívico de los representantes. El problema no parece, por tanto, totalmente solucionable, por ejemplo, limitándose a establecer que las decisiones relativas a los actos legislativos estatales deban comunicarse también al Gobierno —en lugar de sólo al Parlamento (como ya prevé el artículo 136 de la Constitución)—, haciéndolo partícipe formalmente del problema y sumando su fuerza directiva. No obstante, una modificación de este tipo podría tener algún efecto útil en los casos en que no existan obstáculos insalvables en el seno de la mayoría parlamentaria.

Se trata de cuestiones heterogéneas, pero todas relativas a asuntos penales y a derechos, a veces «inviolables» como el derecho a la salud y el derecho a la reputación o «hitos» de la democracia, como la libertad de manifestación del pensamiento y el derecho a la crítica y a la información periodística, hasta el derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 CEDH, que, en el tercer grupo de pronunciamientos, entra en juego en relación con las posibilidades de resocialización de los condenados a cadena perpetua por delitos de mafia y relacionados.

8. A CONTINUACIÓN: *LA INTENSIDAD DE LA ADVERTENCIA Y EL MARGEN DE INTERVENCIÓN DEL LEGISLADOR TRAS LA DECISIÓN ESTIMATORIA. DEL «CASO CAPPATO» A LA SENTENCIA N.º 135 DE 2024*

Si examinamos la totalidad del «doble pronunciamiento», *en conjunto* es difícil afirmar que en él exista una forma de «deferencia» hacia el Parlamento comparable a las presentes en el «modelo» de control débil de Gardbaum. Además, en la misma sentencia se invoca siempre el principio de cooperación leal sin renunciar al ejercicio del control fuerte de constitucionalidad.

Sin embargo, es evidente la presencia de dos inspiraciones distintas, cuyos signos se aprecian en la imperfecta coherencia entre el auto[73] —en el que el Tribunal reconoce que sólo el legislador dispone de los instrumentos adecuados para abordar orgánicamente la cuestión y que, por tanto, la identificación de la solución debe dejarse a su arbitrio— y la eventual decisión final en la que la Corte eventualmente se pronuncia sobre el fondo del asunto.

73. Se trataría, para SILVESTRI, Gaetano, «*Del rendere giustizia costituzionale*», cit., p. 10, «de una *deferencia* al tiempo, para obviar la falta de un instrumento procesal adecuado capaz de alcanzar la misma finalidad, como ocurre en otros ordenamientos».

La primera viene dada por la *flexibilización del plazo en el proceso* que sólo puede constituir un mecanismo suficientemente *débil* y *dialógico* — y permite trasladar al Parlamento la condición de espacio para hacer presentes las diversas opiniones y, en su caso, conflictos morales sobre cuestiones éticas — bajo dos condiciones, estrechamente vinculadas: 1) que las directrices dirigidas al legislador sean muy generales y reducidas al mínimo; 2) que persista un claro y amplio margen de intervención para el legislador incluso después de la posterior sentencia estimatoria adoptada a falta de seguimiento en el plazo indicado.

En cuanto al primer punto, es en el primer auto de inconstitucionalidad (núm. 207/2018) relativo al suicidio asistido, en el que la Corte profundiza, estableciendo, además del cumplimiento de un procedimiento necesario, con cuatro requisitos, cuya verificación permite, en sustancia, la prescripción del «fármaco» letal por la Administración sanitaria, haciendo además no punible la conducta de quien ayuda a otra persona en la realización de su propósito suicida: (1) la existencia de una enfermedad irreversible; (2) la capacidad de comprensión del paciente; (3) la presencia de un dolor que el interesado considere insoportable; y (4) el sometimiento a terapias de soporte vital.

Se trataba, es cierto, de una cuestión abierta y delicada de derecho constitucional, respecto de la cual la Corte buscó, en la medida de lo posible, un vínculo (bastante contraintuitivo, a decir verdad) con el derecho a la salud y su jurisprudencia anterior en materia de consentimiento informado. En particular, por lo que se refiere a la última condición, dado que ya se reconoce el derecho a interrumpir tales terapias —como la hidratación, la nutrición y la ventilación artificiales— con la consiguiente muerte inmediata del sujeto, el reconocimiento, en las condiciones previstas, de la posibilidad de solicitar la prescripción del fármaco letal —y la no punibilidad de quienes le ayuden en su intención suicida— se basa en la necesidad de evitar una posible agonía, al cabo de varios días, si sólo depende *parcialmente* de tales terapias y no está dispuesto a someterse a una sedación profunda.

En efecto, ya hemos señalado el contraste, pues, por un lado, la Corte afirma necesidad de evitar que la agonía resultante de la interrupción del tratamiento de soporte vital —cuando el paciente no acepta una sedación profunda (que para algunos podría haber sido la solución más natural a la tragedia)— dure *días*, porque el solicitante sólo dependía *parcialmente* (no de forma continua) del soporte vital. Y, sin embargo, la condición planteada por la Corte debe considerarse cumplida incluso (o, *a fortiori*) en caso de dependencia *continua* del tratamiento de soporte vital, aunque en ese caso

su interrupción podría en cambio, al menos en teoría, conducir a la muerte *inmediata* (y no después de varios días) del paciente[74].

Sea como fuere, el contenido del auto dirigido al legislador, una vez adoptada la decisión final de aceptación parcial como consecuencia de la falta de seguimiento legislativo, deja la duda de hasta qué punto el exceso de *concreción* de la Corte Tribunal condiciona una eventual legislación del Parlamento sobre la materia. Así, la interpretación más rigurosa posterior inmediatamente al doble pronunciamiento llevó a considerar que esta condición se refería a las terapias *tradicionales* de soporte vital y limitaba el grupo de personas que podían iniciar el procedimiento a aquellas que en contexto de final de la vida *y en un proceso medicalizado*[75].

Sin embargo, en varias decisiones, los jueces han ampliado de forma significativa la interpretación de dicha condición, hasta el punto de incluir también el sometimiento a tratamientos (adicionales) farmacológicos o incluso de salud *asistencial*.

Esta ampliación del supuesto —y de la relevancia de los tratamientos *asistenciales*— fue sustancialmente recogida por la reciente sentencia n.º 135 de 2024 (*desestimación* interpretativa)[76], en la que, al tiempo que confirmaba formalmente la centralidad de esta condición, la Corte sostuvo también —aquí con un claro *reenvío* — que se satisface no sólo cuando el paciente solicita la interrupción de las «terapias» a las que ya está sometido, sino también cuando *renuncia* a ellas. En otras palabras, aunque el paciente pueda renunciar a un tratamiento ya iniciado, interrumpiendo así un proceso de medicalización en curso, el hecho de considerar pertinente a efectos del suicidio asistido la renuncia *ab origine* a un tratamiento médico parece hacer menos determinante la existencia de una precisa casuística del proceso de *medicalización* a efectos de someter la cuestión al artículo 32 de la Constitución.

74. Remitimos a nuestra «*La vita dignitosa nel processo del morire*», en AA.VV., «*L'elaborazione di un diritto a una morte dignitosa nell'esperienza europea*», editado por T. Cerruti, Nápoles 2023, espec. pp. 342 y ss.

75. Cf. SALAZAR, Carmela, «"*Morire sì, non essere aggrediti dalla norte" Considerazioni sull'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*», *Quad. cost.*, 3, 2019, p. 578, según el cual, además, «trattandosi di pazienti medicalizzati, la Corte ha buon gioco nell'immettere nel novero dei parametri l'art. 32 Cost.».

76. En este sentido, por ejemplo, «la evacuación manual de los intestinos del paciente, la inserción de sondas urinarias o la aspiración de la mucosidad de los bronquios resultan ser necesarias en la práctica para garantizar el funcionamiento de las funciones vitales del paciente, en la medida en que su omisión o interrupción conduciría previsiblemente a la muerte del paciente en un breve período de tiempo, deben considerarse ciertamente como un tratamiento de mantenimiento de la vida, a efectos de la aplicación de los principios establecidos en la sentencia n.º 242 de 2019».

Otra incertidumbre parece derivarse de una contradicción en el razonamiento. En un primer momento, la Corte parece liberar al Parlamento del cumplimiento de esta condición cuando afirma que este último «desempeña, *en ausencia de intervención legislativa*, un papel central en la lógica de la solución adoptada en el Auto n.º 207 de 2018, retomada posteriormente en la Sentencia n.º 242 de 2019»[77]. Se trata, entre otras cosas, de una consideración que confirma lo que ya se ha mencionado: que un Tribunal Constitucional no puede «querer» de la misma manera y en los mismos términos que un órgano de orientación política.

Sin embargo, más adelante en la exposición de motivos se afirma que la tarea del Tribunal Constitucional «no consiste en sustituir al legislador en la identificación del equilibrio más adecuado en abstracto entre el derecho de cada individuo a la autodeterminación de su propia existencia y las exigencias contrapuestas de protección de la vida humana, la suya propia y la de terceros; sino únicamente la de fijar el *límite mínimo, constitucionalmente impuesto* a la luz del marco legislativo examinado, de la protección de cada uno de estos principios, sin perjuicio de que el legislador pueda identificar soluciones que garanticen una protección más intensa de uno u otro».

Esta observación puede leerse en el sentido de que el marco de condiciones fijado por el Tribunal, y no un elemento modificable por el legislador, constituye el *límite mínimo constitucionalmente impuesto que* constriñe su discrecionalidad en la búsqueda de un equilibrio. O, si se quiere, que las condiciones fijadas, incluidas las relativas a la sujeción a tratamientos sanitarios o asistenciales, constituyen meras *cláusulas generales que* el legislador puede luego concretar a través de sus opciones.

En este sentido, cabe sostener que el núcleo infranqueable de la condición relativa a las terapias de soporte vital es precisamente la existencia de un proceso de medicalización entendido en un sentido muy amplio, el tipo de proceso que acompaña rutinariamente a la persona en la fase terminal de su enfermedad. De este proceso, la relación médico-paciente constituiría claramente el elemento esencial, mientras que la referencia a los tratamientos farmacológicos y/o asistenciales individuales expresaría la casuística concreta, variada y ejemplificativa. Evidentemente, siempre que se respete este núcleo mínimo para salvaguardar el «cinturón de protección» de los más frágiles —junto con las demás condiciones — y para que el suicidio asistido se inserte en el artículo 32 de la Constitución.

El estado de incertidumbre resultante de la sentencia mencionada refleja la dificultad de la Corte para tratar cuestiones de derecho constitucional tan

77. *Véase* § 7.1 de los *Considerandos* (nuestro c.vi).

abiertas y es una expresión de la forma en que las cuestiones se vuelven más difíciles cuando falta la intervención prioritaria del legislador. Además, dicho marco podría dificultar aún más la intervención del Parlamento para garantizar otro tipo de equilibrio entre los principios en juego, siempre que sea razonable y adecuado para salvaguardar la necesidad de proteger a las personas vulnerables, presente en el artículo 580 del Código Penal.

Sin embargo, también hay que decir que, en caso de que el legislador quiera realmente abordar el problema, es precisamente este estado de incertidumbre el que reabre en mayor medida el «juego», dado que cualquier elección futura del Parlamento puede ser llevada posteriormente ante la Corte Constitucional, reiniciándose así la relación funcional entre legislación y control de constitucionalidad.

9. CONCLUSIONES. DEL CONTROL «DÉBIL» AL DOBLE PRONUNCIAMIENTO. LAS CONDICIONES PARA UNA LEVEDAD (SOPORTABLE)

Muy diferente, por su menor «extensión», es el caso de la Orden n.º 132 de 2020 dirigida por la Corte al Parlamento, que de entrada carecía de las implicaciones éticas del asunto Cappato y presenta menor complejidad, lo que permite a la Corte limitarse a algunas indicaciones de principio.

En la decisión puede leerse que el equilibrio entre el derecho a informar y el derecho a la reputación no es fijo e inmutable, sino que cambia en relación con la rápida evolución de la tecnología y los medios de comunicación producida en las últimas décadas.

En particular, la Corte viene a considerar inadecuado el juego de equilibrios que subyace en las disposiciones del Código Penal y en las de la actual ley de prensa — y, en particular, en el artículo 595 del Código Penal y en el artículo 13 de la Ley n.º 47 de 1948 —, que gira en torno a la previsión, alternativa y acumulativa, de penas de prisión y multas cuando el periodista lesione la reputación de terceros, sobrepasando los límites del ejercicio legítimo del derecho a informar o a la crítica, en virtud del artículo 21 de la Constitución. Lo mismo puede decirse a la luz de la copiosa jurisprudencia del TEDH, que, salvo en casos excepcionales, considera desproporcionada la aplicación de penas privativas de libertad, aunque se suspendan o no se lleguen a ejecutar, impuestas a los periodistas que hayan lesionado la reputación ajena, para evitar un efecto disuasorio que impida el cumplimiento de una función esencial de la democracia.

Sin embargo, como se ha dicho, este delicado equilibrio corresponde determinarlo al legislador, que tiene la responsabilidad de garantizar la

libre actividad periodística y, al tiempo, la protección adecuada del derecho al honor. Seguir con el razonamiento expuesto, al menos de forma aislada, haría «feliz» incluso al más firme defensor del constitucionalismo político: «El legislador, por su parte, está en mejores condiciones para diseñar un sistema equilibrado de protección de los derechos en juego». Por el contrario, «la tarea natural» del juez constitucional es la verificación *a posteriori*, que no desea eludir, pero en este caso «sufre necesariamente los limitados horizontes del *devolutum* y de los medios a su disposición, que marcan la frontera de sus facultades decisorias».

De este modo, se vuelve a poner el foco en el Parlamento, que, según los jueces constitucionales, podrá combinar las sanciones pecuniarias con medidas disciplinarias efectivas y, en su caso, con penas de prisión sólo para conductas excepcionalmente graves desde un punto de vista objetivo y subjetivo, incluidas, en particular, aquellas en las que la difamación implique incitación a la violencia o transmita mensajes de odio.

Sin embargo, la elección de un auto de inconstitucionalidad en lugar de una decisión de inadmisibilidad por respeto a la discrecionalidad del legislador está aquí «conecta» a la existencia de varios proyectos de ley sobre la concreta materia en estudio en el Parlamento. *En* consecuencia, la Corte considera oportuno, *en un espíritu de leal cooperación institucional y respetando los límites de sus propias competencias*, aplazar la decisión a una vista posterior, para que el legislador pueda intervenir respetando los principios constitucionales y convencionales indicados.

A falta del esperado seguimiento legislativo también en este caso, la Corte en su Sentencia n.º 150 de 2021, distinguió las soluciones que *pueden ser sustituidas por* el legislador y las, por así decirlo, *indisponibles* para aquél en orden a ponderar los derechos en juego.

Así, anuló el artículo 13 de la Ley de prensa y, en consecuencia, el artículo 30, IV c., de la Ley n.º 223/1990 (Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato), en la medida en que permiten — para el delito de difamación, respectivamente realizado en la prensa o mediante difusión televisiva — la mezcla de penas de prisión y multa.

En cuanto al segundo aspecto, los jueces recurrieron a un juicio interpretativo desestimatorio de la cuestión relativo al artículo 595 del Código Penal, que se consideró infundado porque este último sólo prevé la posibilidad de una pena de prisión como *alternativa a* la multa, siempre que —y aquí radica la interpretación «sancionadora»— toda aplicación de una pena de prisión se entienda limitada a casos de *excepcional gravedad.*

Sin embargo, advierte la Corte que ésta es sólo *una de las soluciones* permitidas al legislador (por tanto, una de las posibilidades), y en todo caso la más fácil de aplicar por la Corte, aunque evidentemente descarta el problema de la posible falta de seguimiento judicial en el plano interpretativo. El Parlamento, por su parte, puede decidir *no* mantener la pena de prisión para los casos más graves, pero en conjunto se le pide una reforma global capaz de modular la respuesta sancionadora para ponderar entre el derecho a informar y criticar con el derecho al honor. La Corte vendría a decir: la puerta queda, más que abierta, abierta de par en par y el legislador aún puede «diseñar un sistema equilibrado de protección de los derechos en juego».

De ahí algunas consideraciones finales, necesariamente provisionales.

La primera. La Corte *se abre realmente* a la colaboración con el Parlamento cuando decide vincularle del modo menos intenso y con un nivel de generalidad posiblemente igual o superior —desde luego, no inferior— al *stándar inicial.* Una intervención de este tipo podría permitir «reiniciar» el esquema tradicional, al que se refiere la Corte, según el cual el legislador produce normas y el control interviene *a posteriori* para verificar su compatibilidad con la Constitución.

La posibilidad concreta de *reductio* dependerá, obviamente, de la peculiaridad de la cuestión, su complejidad y del ámbito material al que se refiera. A mayor concreción más se reduce la distancia —a veces existente— entre la ordenanza de inconstitucionalidad y el ejercicio ordinario de los poderes de *agenda setting.*

La segunda. El doble pronunciamiento es una tipología decisoria *con múltiples virtualidades*, capaz de incorporar elementos de *debilidad* (al menos parcial) no sólo en la ordenanza de la inconstitucionalidad, sino también en la decisión final resultante de la falta de seguimiento legislativo. En particular, es significativo que el resultado global de apertura al legislador alcanzado con la Sentencia núm. 150 de 2021 exigiera, junto a una decisión de aceptación, una interpretación constitucionalmente conforme, es decir, un mecanismo clásico de control de constitucionalidad *estructuralmente* «débil». Cuanto más se preserve este elemento de «debilidad» en la decisión final, mayor será la incoherencia con la afirmación, que acompaña al auto de inconstitucionalidad, de que la presencia de una pluralidad de soluciones y el limitado alcance de las «herramientas» en manos de la Corte exigen dejar margen a la discrecionalidad del legislador.

La tercera. El doble pronunciamiento tiene sus «costes», entre ellos el deber permanente de los ciudadanos de observar la norma enjuiciada y la

posibilidad de que sea aplicada en otros procesos. Además, incluso la eventual prolongación en el tiempo del proceso constitucional —y, por extensión, del juicio *a quo*—, aunque no pueda llegar a los extremos censurados por el TEDH[78], debe ser en todo caso *razonablemente* justificable de acuerdo con lo que se acaba de recordar. Ello significa que cualquier prórroga del aplazamiento puede ser tolerable —y a veces conveniente— cuando se trata de permitir la tramitación de proyectos de ley en avanzado estado de discusión.

A más, la Corte debería valorar cuidadosamente el riesgo de que los supuestos «beneficios» se conviertan en costes, es decir, que esta decisión, en lugar de funcionar como un poderoso recordatorio, se convierta en una excelente coartada para el poder legislativo, que, «de espaldas a la pared (...) no se precipitará hacia delante, sino que se pondrá a cubierto detrás del muro», un peligro que parece tanto más real cuanto más restrinja la Corte el paso necesario al del poder legislativo[79].

Por ello, creemos que, además del carácter mínimo de las directrices al Parlamento, el recurso al doble pronunciamiento requiere la presencia de cuestiones abiertas de derecho constitucional, sobre las que exista un profundo desacuerdo moral en la sociedad o, al menos, que revistan una especial importancia en relación con los derechos fundamentales y la dignidad de la persona y que sólo podrían «abordarse» en parte (y no de la mejor manera) mediante una decisión de la Corte, aunque sea «manipuladora»[80].

78. Estos son los límites del *estándar* de mayor elasticidad utilizado para entender la duración razonable del proceso cuando se remite a un tribunal constitucional: véase MASSA, Michele, «*La terza incostituzionalità "prospettata e la questione dell'ergastolo ostativo"*», *Nomos*, 2, 2021, p. 8, nt. 34.

79. Cf. LUCIANI, Massimo, «*Ogni cosa al suo posto*», cit., pp. 207 y ss., quien identifica el riesgo de que el aplazamiento a una fecha fija se traduzca en «una especie de absolución preventiva del legislador» (p. 215), mientras que, por el contrario, «a nivel sistémico una declaración "secca" de inconstitucionalidad hace responsable al legislador» (p. 217). El autor identifica seis posibles alternativas al doble pronunciamiento, entre ellas la aceptación con efecto diferido o con efecto inmediato «pero con indicación de la necesidad de intervención del legislador y la paralela indicación, entretanto, a los jueces ordinarios de los paradigmas de aplicación de la disciplina derivada del pronunciamiento de aceptación» (p. 219). Evidentemente, en el «caso Cappato», habría sido difícil para la Corte adoptar una decisión «seca» para mantener la cuestión relativa al artículo 580 del Código Penal, teniendo en cuenta que esta disposición es actualmente expresiva de una *ratio* apreciable, es decir —no la finalidad para la que fue originalmente prevista, pero— la protección de las personas vulnerables.

80. Para SPADARO, Antonino, «*Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*», *RivistaAIC*, 2, 2023, pp. 130 y s., el Tribunal sólo podría recurrir a una técnica decisoria tan «audaz y agresiva» en presencia de

En cierto sentido, la Corte no puede invocar la racionalidad respecto al *quia* —los principios constitucionales que le *impulsan* a dialogar con el legislador— salvo que se trate de una cuestión especial y siempre que los límites establecidos en el auto de remisión a fecha fija no sean tan detallados que dificulten la respuesta del legislador o predeterminen la coartada (racionalidad respecto al *ut*).

La cuarta. Las condiciones enunciadas hasta ahora dan lugar, en el estado actual de las cosas, a un «autolímite» de coherencia, cuya observancia se encomienda a la Corte Constitucional, si bien desde hace tiempo es necesaria una racionalización normativa de las técnicas decisorias a través de una modernización de la Ley núm. 87/1953[81]. Pero, además, ello puede predicarse de todas las técnicas decisorias creadas de forma preprocesal, partiendo de la propia extracción conceptual de las llamadas «rime obbligate» (*n. del t. Se mantiene esta expresión referida a la doctrina de la Corte Constitucional italiana sobre los límites de su actuación).*

La referencia a estas últimas ha sido ampliamente aceptada por buena parte de la doctrina como un signo de autocontención por parte de los jueces constitucionales o, al menos, como una herramienta conceptual cuyo significado es «distinguir la forma de operar de Corte legislador» y subrayar, en particular, la existencia de una reserva del legislador respecto de las opciones discrecionales, de las que los parlamentarios asumen la responsabilidad política ante los ciudadanos[82]. En efecto, las «rimas obligatorias» han constituido una referencia pertinente en el marco de la justificación de las sentencias aditivas, aunque se caractericen por una igual evanescencia

---

cuatro «condiciones mínimas indispensables»: 1) el principio de cooperación leal exige que la Corte prepare *gradualmente* al Parlamento. Así, al menos en «tres etapas»: Primero, si es posible, mediante una decisión explícita de «advertencia» sin indicación de plazo preciso; después, mediante una orden de «aplazamiento a una fecha fija»; y sólo finalmente interviniendo en su lugar con el sostenimiento; 2) la decisión que va más allá de las «rimas obligatorias» debe ser practicable no de manera ordinaria, sino sólo en situaciones *excepcionales*; 3) deben estar en juego situaciones jurídicas subjetivas constitucionalmente protegidas y reconocidas como claramente *fundamentales* y, por tanto, sólo en caso de *violaciones constitucionales muy graves*; 4) la decisión de estimar la demanda debe adoptarse *sólo* cuando, en su defecto, se incurriría en *un perjuicio irreversible*, que sólo el estricto plazo indicado por la Corte, permite evitar.

81. Por último, véase, v. GRASSO, Giorgio, «*La storia della legge n. 87 del 1953: le aspettative sui futui giudizi della Corte costituzionale e lo "spirito" della legge, 70 anni dopo*», en AA.VV., «*I 70 anni della legge n. 87 del 1953: l'occasione per un "bilancio" sul processo costituzionale*», a cargo de G. Grasso e A. Stevanato, Napoli 2024, espec. pp. 92 y ss.

82. Así ROMBOLI, Roberto «*Relazione conclusiva*», en AA.VV., «*I 70 anni della legge n. 87 del 1953*» cit., pp. 659 s.

en cuanto a su existencia real, su identificación y su utilidad en el contexto de la decisión.

Sin embargo, entre las diversas «formas poéticas», las *rimas posibles* o *apropiadas*, además de presentar una mayor elasticidad[83], pueden resultar no menos «euclidianas» que las *obligatorias*[84]. En conjunto, aunque pueden derivarse de muchas maneras, no todas vinculadas al uso del *tertium comparationis*, huyen del aura sagrada inherente a la *identificación* —en realidad, a menudo a la creación— de las (únicas) rimas obligatorias para aferrarse en cambio a una conexión legislativa, respetando así de forma similar (o quizá incluso más) la frontera conceptual entre las competencias del Tribunal y las del legislador y revelando, si acaso, una discrecionalidad limitada por parte del primero en la elección no ya *de las* rimas *posibles*, sino *entre ellas*.

En este sentido, las «rimas posibles» se acercan más a la idea de debilidad en el juicio de constitucionalidad en el sentido de que —a diferencia del cierre provocado por las rimas obligatorias— dejan margen para diferentes opciones legislativas. Además, pueden convertirse en un instrumento verdaderamente «débil» cuando se *sugieren como* solución hermenéutica constitucionalmente conforme, como ocurrió en el caso de la difamación en la prensa.

---

83. que, por otra parte, caracteriza también la definición crisafulliana de las rimas obligatorias, en esencia también abiertas a soluciones ya presentes en el sistema, incluso «a nivel latente». Lo ha recordado recientemente RUOTOLO, Marco, «*Le tecniche decisorie della Corte costituzionale*», en AA.VV., «*I 70 anni della legge n. 87 del 1953*», cit., p. 354. En el texto, por lo tanto, se acepta una definición amplia de rimas «posibles» o «adecuadas», capaz de incluir tanto las decisiones aditivas que durante mucho tiempo han sido ampliamente utilizadas por el Tribunal en las que la inconstitucionalidad *deriva* de la comparación con un *tertium comparationis*, como las sentencias más recientes en materia penal en las que el Tribunal Constitucional constata *directamente* la inconstitucionalidad como defecto de inconsistencia intrínseca de la ley, recurriendo al *tertium* únicamente con el fin de identificar la nueva solución sancionadora. Sobre esta diferencia, véase TEGA, Diletta, «*La Corte nel contesto. Percorsi di* ri-accentramento *della giustizia costituzionale in Italia*», Bolonia 2020, p. 145, quien para la segunda categoría habla de una decisión «a versi sciolti». Para SILVESTRI, Gaetano, «*La Corte costituzionale prosegue la ricerca dell'unità in base ai princìpi*», carta AIC de 8/2024, en i*www.associazionedeicostituzionalisti.it*, en el adjetivo «adecuada» la Corte condensa «el sentido profundo de una obra de integración unitaria del ordenamiento jurídico en el sentido de la mayor concretización posible de los principios constitucionales».

84. Se utilizan en el texto los términos de la conocida definición de las «rimas obligatorias» como «la más euclidiana de las formas poéticas»: así BIN, Roberto, «*Derechos y argumentos. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*», Milán 1992, p. 89.

Capítulo 11

Interpretación evolutiva de la Constitución y Tribunal Constitucional Español [1]

Federico de Montalvo Jääskeläinen
Profesor propio ordinario de Derecho Constitucional
Universidad Pontificia Comillas

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: LA GRAN PARADOJA DE LA CONSTITUCIÓN. 2. LAS DOCTRINAS DE LA *LIVING CONSTITUTION* Y DEL *LIVING TREE*: ORIGEN Y EVOLUCIÓN. 3. EL DERECHO A LA VIDA COMO TEXTO CONSTITUCIONAL ABIERTO Y VIVO. 4. LA NUEVA E INSÓLITA *LIVING CONSTITUTION* PATRIA: LA EVOLUCIÓN NORMATIVA COMO ARGUMENTO.

El caso Roe v Wade fue demasiado lejos y demasiado rápido

Justice Ruth Bader Ginsburg

1. INTRODUCCIÓN: LA GRAN PARADOJA DE LA CONSTITUCIÓN

En el año 2023 el Tribunal Constitucional dictó tres Sentencias, las número 19/2023 y 94/2023, por un lado, y la 44/2023, a través de las que hace uso, como criterio interpretativo principal, de la denominada doctrina del árbol vivo o *living tree*, doctrina oriunda de la Corte Suprema canadiense

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.

que conecta muy directamente con la de la *living constitution* o constitución viva en su versión norteamericana. La importancia constitucional de las tres resoluciones trasciende, pues, al propio objeto de debate en las mismas: la despenalización de la eutanasia, en las dos primeras, y el reconocimiento de una suerte de derecho al aborto frente al modelo de interrupción voluntaria del embarazo basado en las denominadas indicaciones, en la tercera.

Desde la teoría general del Derecho Constitucional, la doctrina del *living constitution* o del *living tree* viene a conectar directamente con dos de las aspiraciones de todo texto constitucional en una sociedad democrática: en primer lugar, la de norma pactada que represente, más allá de una coyuntural mayoría parlamentaria, a toda la comunidad o, al menos a una gran parte de la misma. En segundo lugar, la aspiración de perdurabilidad en el tiempo. Y, por ambas aspiraciones, la Constitución se caracteriza no solo por incorporar un gran número de principios frente a las clásicas reglas de un Derecho que es coercitivo, sino también porque las normas contenidas en la Constitución se configuran, en algunas de sus materias, como normas abiertas, que permiten su adaptación a una realidad cambiante sin necesidad de acudir al proceso de reforma constitucional[2]. No es que a través de unas normas de textura abierta la reforma constitucional no sea ya un contenido necesario del texto. Como señala Lucas Murillo de la Cueva, si bien, en principio, la solución más adecuada para encarar las novedades es la de aprobar disposiciones también nuevas que las ordenen o reformar las anteriores para que las comprendan, ello, no siempre es posible e, incluso, en ocasiones, puede que no sea necesario porque, mediante la interpretación de los Tribunales, quepa extenderles criterios ya presentes en el ordenamiento jurídico. O, simplemente, porque se hayan formado usos y convenciones que les den respuesta satisfactoria. Es decir, porque su propia fisiología lo desarrolla o integra[3].

Las dos posibilidades coexisten como alternativas que permiten optar, bien por la reforma *stricto sensu* para aquellas partes de la Constitución cuyo contenido más cerrado pretende modificarse, bien por la adaptación mediante interpretación de las que tienen uno más abierto. Es decir, reforma y mutación son dos mecanismos complementarios de adaptación del texto

2. Ronald Dworkin distinguía entre conceptos y concepciones constitucionales, siendo los primeros indeterminados, de manera que pudieran ser interpretados por las generaciones futuras, mientras que en los segundos se trataría de ideas ya fijadas por el constituyente. *Vid.* DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1989, pp. 215 y 216.
3. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo, «Constitución y realidad constitucional. Reforma, integración y mutación del texto de 1978», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, año 2018, p. 527.

a la realidad en garantía de su perdurabilidad. La mutación o reforma tácita sería la modificación del contenido de normas constitucionales sin que se produzca una reforma expresa del texto constitucional[4].

Como recuerda Rollnert Liern, la adaptación mediante mutación es la tarea de filtrado valorativo de los elementos fácticos que son imprescindibles para la concreción de la norma que corresponde a la jurisprudencia constitucional. Y esta tarea encuentra como límite, quebrantando la norma constitucional, el tenor literal de la propia Constitución[5]. En este último caso, la reforma deberá entrar en juego, aunque ello no significa, obviamente, que la reforma constitucional no pueda operar también y plenamente en el ámbito de las normas de textura abierta y susceptibles, por tanto, de interpretación. En relación con está la reforma no es indefectible, como sí lo es con las normas de contenido más cerrado.

Y como señala también Rollnert Liern, el problema no son las mutaciones que amplían o complementan el texto constitucional sin sobrepasar el propio texto o el sentido constitucional de las instituciones, sino aquellas que transforman el propio texto o el sistema de la Constitución[6]. En todo caso, para la distinción entre mutación admisible e inadmisible, el problema quizás no solo sea de índole cualitativa, siendo el texto o sentido de la norma constitucional el límite, sino también cuantitativa, de manera que una mutación constante y no puntual del tenor y significado de la Constitución denota una patología, lo mismo que una Constitución en permanente reforma puede afirmarse que la tiene. Lucas Murillo de la Cueva distingue, por ello, entre interpretación y mutación, recordando que es complicado efectuar el juicio de adecuación o compatibilidad que marca el paso de la integración a la mutación[7]. Y tal dificultad suscitan, a su vez, la duda de si deben entenderse en el marco de lo que los anglosajones han llamado la Constitución viviente o si, por el contrario, no son más que expresión de una desnaturalización del ordenamiento constitucional que menoscaba su fuerza normativa[8].

La gran paradoja de la norma constitucional radica, por tanto, en que aspira tanto a permanecer, de manera que su longevidad y la ausencia de cambios constantes hace presumir su fuerza jurídica y, además, política y

4. ROLLNERT LIERN, Göran, «La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 101, mayo-agosto 2014, p. 137.
5. *Ibidem*, p. 131.
6. *Ibidem*, pp. 130 y 139.
7. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo, «Constitución y realidad constitucional...», *cit.*, p. 529.
8. *Ibidem*.

social, como a no apartarse de la realidad social, cuestión difícil en sociedades como las actuales que son más complejas y, sobre todo, algo cambiantes. Para resolver esta paradoja se presenta la doctrina del *living constitution como* expresión anglosajona similar, en cuanto a su función, a la mutación constitucional, con la que se pretende satisfacer ambas necesidades, ya que permite, sin reformar la Constitución y vía la labor interpretativa que la norma constitucional se adapte a nuevos contextos sociales. Es decir, que la Constitución se adapte y cambie sin realmente cambiar.

Sin embargo, es igualmente cierto que tales doctrinas plantean el clásico dilema constitucional del activismo judicial, en la medida que transforman al poder de control de la constitucionalidad en una suerte de legislador positivo, un poder constituido con potestades de constituyente que, bajo la excusa de la adaptación de la norma constitución al contexto, puede acabar por crear una nueva Constitución. Es decir, la *living constitution* permite mantener viva la Constitución, al permitir su adaptación sin necesidad de reforma expresa, pero también puede acabar por «matarla» al desconfigurar el tenor con el que fue redactada y aprobada por el pueblo. Puede acabar por crear una verdadera, permítasenos la expresión, «Constitución b». Una mutación tal que el texto escrito deje de tener valor jurídico alguno en beneficio de las palabras del que es, precisamente, su garante, no su redactor.

Recurriendo a la doctrina del *living constitution* o *tree*, como veremos con mayor profundidad más adelante, el Tribunal Constitucional ha venido a alterar de manera muy sustancial su anterior doctrina sobre el derecho a la vida, tanto en lo que se refiere al inicio de la misma, es decir, la protección constitucional del *nasciturus* contenida, principal pero no únicamente, en la Sentencia 53/1985, como al final de la misma, el contenido negativo de tal derecho como expresión del derecho a solicitar del Estado que acabe o permita que un tercero lo haga con nuestra vida. Es verdad que, en este último caso, el Tribunal no se había pronunciado de manera directa sobre la existencia de un presunto derecho a exigir del Estado la muerte, pero tal cuestión había sido abordada, aunque fuera *obiter dicta*, de manera tal que no quedaba duda de que matar no se le permitía en nuestro ordenamiento jurídico a nadie, ni siquiera al Estado, y pese a que lo solicitara de manera voluntaria y consciente el moribundo o a quien se encontrara en un contexto de enfermedad.

El precedente o, en términos también anglosajones, *stare decisis*, queda soslayado bajo el presunto deber que impone la *living constitution* de adaptar la misma al contexto con el que coexiste. No hay necesidad de atender a lo ya dicho por el Tribunal si la sociedad se ha orientado, presuntamente, hacia otros derroteros de los consagrados jurisprudencialmente con ante-

rioridad, aunque, como veremos, tal nueva orientación social solo lo sea de una parte no tan mayoritaria de ciudadanos.

Como puede verse, la doctrina de la *living constitution* o *tree* se muestra como una paradoja más o, incluso, una de las mayores de nuestro sistema constitucional. Y, por ello, quizás, el problema no esté en la propia doctrina, sino en el uso que de tal poderosa herramienta jurisprudencial haga el Tribunal, sin olvidar su mandato de *self-restraint*, como le exige su deber de interpretación conforme. Aunque como nos recuerda con acierto Mastromartino, entre la aplicación de la interpretación evolutiva y la interpretación conforme hay diferencias, ya que la ruta que sigue el Tribunal las tiene. En el caso de la segunda, se adapta el objeto al parámetro (la ley a la Constitución), atribuyendo a la disposición puesta en cuestión un significado constitucionalmente acorde a la norma constitucional. En el caso de la interpretación evolutiva, por el contrario, se adapta el parámetro al objeto, atribuyendo a la disposición constitucional un significado en relación con el cual la norma objeto resulte ya constitucionalmente acorde[9].

El legislador negativo kelseniano es, en todo caso, una pura entelequia, porque no cabe separar interpretación de redacción del texto constitucional, pero la doctrina de la *living constitution* puede ser también el arma ideológica que encuentre un Tribunal demasiado complaciente no con el Derecho y sus herramientas consensuadas de argumentación e interpretación sino con la ideología que represente a una mínima mayoría parlamentaria.

En las tres resoluciones del Tribunal no se interpreta ya la práctica del aborto y de la eutanasia en clave de excepción a un contenido eminentemente positivo del derecho a la vida y de ésta como bien constitucionalmente protegido, conforme se deduce sin ambages del tenor del artículo 15 CE. El Tribunal viene a consagrar una suerte de nuevos derechos no proclamados en la Constitución, tanto a exigir del Estado que acabe con la vida del sujeto cuando concurra el denominado contexto eutanásico como a interrumpir el embarazo sin que concurra indicación que lo justifique. Y, a estos efectos, debe recordarse que, si bien es cierto que la eficacia normativa de la Constitución depende de la conexión entre norma y realidad y que la Constitución, por su rigidez, debe ser interpretada en términos de eficacia, mediante su acercamiento a la realidad, y que la realidad de los derechos cambia constantemente, de manera que su necesaria adaptación a la realidad es imprescindible, y ello, especialmente, por la doble condición de los

9. MASTROMARTINO, Fabrizio, «Sobre la interpretación evolutiva de la constitución. Notas al margen de una reciente sentencia del Tribunal Constitucional español sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo», *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 36, año 2013, p. 172.

derechos fundamentales como derecho subjetivo, pero sobre todo como principios objetivos del orden jurídico, el Tribunal como intérprete está sujeto a límites, siendo el principal la propia Constitución. De este modo, el Tribunal no puede encontrar en la norma constitucional un derecho que no existe, como proclamara el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su doctrina (véase, en especial, Kudla c. Polonia, de 26 de octubre de 2000)[10].

Una interpretación evolutiva puede ser importante, especialmente en materia de derechos, para que el texto constitucional pueda adaptarse a las transformaciones sociales en una sociedad que cambia constantemente, pero ello debe llevarse a cabo sin modificar, con este modelo interpretativo, el propio contenido constitucional y sus valores y fines[11]. Puede interpretarse lo que la Constitución no dice, pero no extraer de ésta lo que no dice.

Se altera, por tanto, la concepción constitucional del derecho a la vida en nuestro ordenamiento, como derecho que, fundamentalmente, impone al poder público una prohibición (no privar de la vida) y un conjunto de deberes positivos de protección (proteger la vida de aquellos sometidos a su jurisdicción, incluyendo al que va a nacer, al ser la vida y también la suya un bien constitucional). Como recuerda Gómez Montoro, que el derecho a la vida sea ante todo un derecho de defensa explica que lo que se espera del poder público es, principalmente, que no prive de la vida ni la ponga en peligro. Pero su fuerte dimensión objetiva exige también su protección frente a terceros[12]. Y es que la Sentencia del Tribunal 53/1985 no parece, en cuanto a su consideración del derecho a la vida, una decisión puramente contextual o temporal, sino todo lo contrario. En ella se proclama que la vida es un valor fundamental, un bien jurídico constitucionalmente protegido.

Parece alterarse, pues, la doctrina del Tribunal Constitucional, en virtud de la cual, éste había rechazado que el derecho a la vida pudiera concebirse como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte o el derecho a acabar con la vida del que va a nacer, sin que concurra una suerte de estado de necesidad o, en jerga más específicamente constitucional, una indicación.

---

10. GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel, «La interpretación constitucional y las sentencias del Tribunal Constitucional. De la interpretación evolutiva a la mutación constitucional», *Revista de Derecho UNED*, núm. 12, año 2013, pp. 282 y 283.
11. *Ibidem*, p. 283.
12. GÓMEZ MONTORO, Angel J., «El derecho a la vida: viejos y nuevos debates», en ARAGÓN REYES, Manuel, VALADÉS, Diego y TUDELA ARANDA, José (Coords.), *Derecho constitucional del siglo XXI: desafíos y oportunidades*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2023, p. 665.

El Tribunal tenía establecido, por un lado, que disponer de la vida propia sería una mera manifestación de *agere licere* resultado de que la vida es un bien de la persona que se integra en su circulo de libertad, sin que, en ningún caso, pudiera considerarse un derecho subjetivo y, mucho menos aún, un derecho fundamental que implicara la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público. En caso contrario, se reduciría el contenido esencial del derecho (STC 120/1990)[13]. Tampoco se había admitido que la libertad pudiera extenderse hasta tal punto que legitimara jurídicamente acabar con la vida de un tercero, aunque fuera una vida aún potencial, pero sí, al menos, vida, y ello, sin concurrir una suerte de conflicto más allá del de decidir en determinado momento y sin límite alguno algo no inconsentido, a salvo, obviamente, de determinadas indicaciones como la criminológica o la embriopática.

El Tribunal había considerado que, no siendo el *nasciturus* titular del derecho a la vida, sí constituye un bien constitucionalmente protegido, de manera que solamente cabría aceptar en nuestro ordenamiento jurídico la interrupción voluntaria del embarazo cuando la vida de éste entrara en conflicto con algún derecho o bien de la madre que debiera de prevalecer. En palabras del Tribunal (STC 53/1985), si la Constitución protege la vida con la relevancia a que antes se ha hecho mención, no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma; por lo que ha de concluirse que la vida del «*nasciturus*», en cuanto éste encarna un valor fundamental —la vida humana— garantizado en el art. 15 CE, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional.

Para el Tribunal, conforme a su doctrina, el Estado tiene el deber constitucional de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales. Ello no significa, siguiendo la misma doctrina consolidada del Tribunal, que dicha protección haya de revestir carácter absoluto, dado que, como sucede en relación con todos los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, en determinados supuestos puede estar sujeta a limitaciones. Así pues, tales limitaciones frente a la vida, véase, la interrupción voluntaria del embarazo o la finalización de la misma, exigiendo del Estado o de un tercero que lo lleve a cabo, deben situarse siempre, desde una perspectiva constitucional, en clave de excepción, amparadas por un estado de

13. ARRUEGO, Gonzalo, «Los confines del derecho fundamental a la vida», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 115, enero-abril 2019, p. 128.

necesidad, sin que pueda proclamarse, en modo alguno, una suerte de derecho a acabar con la vida, propia o del tercero que va a nacer.

Y este planteamiento que trasciende al mundo jurídico y enlaza directamente con lo ontológico, no creemos que pueda afirmarse que se haya visto tan alterado por la sociedad actual, tan preocupada o más por el final de la vida cuando la muerte supone el aparente final de un contexto lleno de oportunidades o vivencias.

Tampoco creemos que lo expresado en la Sentencia de 1985 sea una mera interpretación contextual o meramente histórica de la vida como bien constitucional, ya que la vida, más aún tras los acontecimientos ocurridos en los finales de la primera mitad del siglo XX, constituye una suerte de imperativo jurídico para cualquier ordenamiento y tiempo.

Toda esta doctrina del Tribunal Constitucional que exige un deber constitucional cualificado de protección de la vida queda, *mutatis mutandi*, borrada al amparo de la teoría de la constitución viva. Una suerte, siguiendo al refranero español, de donde dije vida digo libertad, *ope constitutione viva*.

Y es que, como señalara el Comité de Bioética de España en 2020, existen dos concepciones morales, contradictorias entre sí, acerca de la gestión de la muerte [en el caso que nos ocupa, sobre la gestión de la vida], y las sociedades necesariamente deben decidir si se decantan por una u otra. No cabe mantener una posición neutral, porque el Estado, o protege la vida humana como el bien primario que posibilita toda suerte de realización humana, o protege el ejercicio de la autonomía del individuo sobre la vida[14], tanto sobre la propia como sobre la de un tercero, aunque sea aún potencial. El Tribunal Constitucional ha optado ahora, *ex novo*, por la segunda concepción moral citada.

Es verdad que el Tribunal Constitucional ya había recurrido a dicha teoría interpretativa de los derechos de origen no patrio, más de una década antes, en la Sentencia sobre la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, la 198/2012. Sin embargo, las resoluciones de 2023 sobre la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, y la Ley Orgánica 2/2010, por la que se reforma el régimen legal de la interrupción voluntaria del embarazo, suponen la consagración de la constitu-

14. Comité de Bioética de España, *Informe sobre el final de la vida y la atención en el proceso de morir, en el marco del debate sobre la regulación de la eutanasia: propuestas para la reflexión y la deliberación*, 6 de octubre de 2020, p. 27. Puede accederse a dicho Informe a través del siguiente enlace: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20CBE%20final%20vida%20y%20la%20atencion%20en%20el%20proceso%20de%20morir.pdf.

ción viva como criterio interpretativo esencial, cuando de determinados derechos se trata, sobre todo, aquellos que tienen un mayor contenido político, es decir, que generan una mayor división en la sociedad, siendo harto imposible alcanzar un consenso acerca de su eficacia y límites.

Por otro lado, como explicaremos con mayor detalle más adelante, la invocación de la doctrina de la *living constitution* o, mejor dicho, por lo que al caso concreto afecta, del *living tree*, sí pudiera tener congruencia en el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo porque, precisamente, fue la doctrina a la que recurrió el Tribunal Supremo canadiense cuando tuvo que abordar la constitucionalidad de ello. Por el contrario, cuando dicho Tribunal se enfrentó al debate constitucional del aborto y del final de la vida, el árbol vivo no estuvo presente en las argumentaciones de dicho Alto Tribunal. Si bien el *living tree* pudiera tener sentido como mero recurso de Derecho comparado en el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo, cuando del derecho a la vida se trataba, la doctrina a aplicar no era ésta, sino la del *living constitution* norteamericana, por obra, principalmente, de la histórica Sentencia *Rove v Wade*, 1973. Es la Corte Suprema de Estados Unidos y no la canadiense la que ha hecho uso de la doctrina cuando del debate del auxilio médico al suicidio y del aborto se trataba.

Además, el Tribunal Constitucional viene a apartarse en las resoluciones de 2023 del uso argumentativo que había hecho una década antes de la constitución viva en su Sentencia sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo, dado que en aquellas el criterio sociológico recogido en la Sentencia sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo se diluye, en relación con el derecho a la vida, en una suerte de singular teoría evolucionista normativa, como veremos a lo largo de nuestro trabajo. No interesa ya lo que piense la sociedad, sino lo que expresa normativamente el legislador, como si la mayoría de éste, eso sí, muy exigua, fuera una suerte de expresión de la nueva moralidad.

En todo caso, tanto en el debate constitucional sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo como en el debate sobre el presunto derecho a solicitar la muerte y el nuevo régimen legal basado esencialmente en plazos y no en indicaciones de la interrupción del embarazo, el Tribunal recurre a la constitución viva como única vía interpretativa para poder alterar sustancialmente lo dicho con anterioridad sin que ninguna novedad se hubiera producido sobre tales cuestiones, más allá de la mera voluntad del legislador de aprobar unas nuevas normas cuya constitucionalidad se había sometido a discusión. Normas, por cierto, que no habían cerrado el debate político ni social sobre las diferentes cuestiones, ya que habían sido aprobadas por las Cortes Generales, por una exigua mayoría y, en alguno de los casos,

recurriendo al discutible instrumento de la proposición de ley por la mayoría parlamentaria de gobierno y no por el propio Gobierno. No es que la sociedad hubiera cambiado y hubiera promovido un cambio en la regulación del aborto o en la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de un derecho a exigir del Estado que acabe con nuestra propia vida, sino que el cambio radicaba, meramente, en el de la mayoría parlamentaria que había optado, al margen de cualquier consenso de mínimos, por alterar sustancialmente el significado de la vida consagrado en el artículo 15 de la Constitución.

Por otro lado, es interesante destacar también que este nuevo recurso a la doctrina de la constitución viva se produce en un momento singular desde la perspectiva del Derecho comparado, cuando en su país de origen, Estados Unidos, tal teoría ha sido rechazada como criterio interpretativo de los derechos en las materias en las que ni el derecho puede deducirse del texto constitucional y en las que no existe un mínimo consenso social. En efecto, si la archiconocida Sentencia de la Corte Suprema norteamericana *Roe v Wade* supuso para el sistema constitucional norteamericano la consagración de la *living constitution* como fórmula para salvar una interpretación excesivamente literal u originalista de los derechos y libertades consagrados en las enmiendas de la Constitución norteamericana, la dictada en 2022, *Dobbs v Jackson Women's Health Organization*, parece acabar con aquélla, cuando es usada en materias en las que no hay consenso social. No es que Dobbs haya «matado» a la constitución viva. Lo que sí ha proclamado es que no cabe deducir de la Constitución norteamericana derechos no explícitamente reconocidos en ella sin seguir los propios requisitos establecidos por la Corte Suprema para tal fin, más aún, cuando de extender la XIV Enmienda se trata, ni acudir a la *living constitution* cuando el consenso social sobre la cuestión está ausente. Como nos recuerda Simón Yarza, en *Roe* la Corte dedujo un derecho implícito de otro derecho igualmente implícito, el derecho general a la privacidad proclamado en *Griswold v. Connecticut*, 1965, cuya existencia no fue tampoco deducida de ninguna cláusula concreta de la Constitución norteamericana, sino que afirmó que se desprendía de las penumbras formadas por emanaciones de varios derechos[15].

15. SIMÓN YARZA, Fernando, *El derecho a la vida (ante el aborto y la eutanasia)*, Marcial Pons, Madrid, 2024, p. 68. En concreto, se señala que la disposición que prohibía el uso de anticonceptivos en el matrimonio vulneraba el derecho a la privacidad conyugal, el cual se encuentra dentro de la «penumbra» de las garantías específicas del *Bill of Rights*, en concreto, las enmiendas I, III, IV, V y IX. *Vid.* GARCÍA-ANTÓN PALACIOS, Elena, «Perspectiva legal del aborto en Estados Unidos y Europa después del caso Dobbs», *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, núm. 63, año 2023, p. 3.

Dobbs viene a establecer que de la Constitución no puede derivarse la proclamación del derecho al aborto, anulando no sólo la precitada *Roe*, sino también la posterior y, en gran parte, alineada con ésta, *Planned Parenthood v. Casey*[16]. Para *Dobbs*, la regulación del aborto constituye una cuestión que corresponde regular a cada Estado, sin que la Corte pueda establecer una regla de máximos, cuando la sociedad no es capaz, siquiera, de avanzar casi hacia unos mínimos de consenso.

Por ello, a primera vista puede parecer extraordinariamente singular que nuestro Tribunal recurra a una doctrina foránea cuando en su país de origen ha sido, aparentemente, rechazado el recurso a la misma en contextos en los que no hay un consenso social. Veremos también en nuestro trabajo que esto no es, en cierto modo, así, porque nuestro Tribunal no se hizo en eco en 2012 ni tampoco parece que en 2023 de la versión norteamericana de la *living constitution*, revocada por la Corte Suprema en 2022 en *Dobbs*, sino en la versión canadiense de la misma, la denominada *living tree*, que no se ha visto alterada, como es obvio por razones del foro, por la citada Sentencia *Dobbs*, aunque la frontera de separación entre ambas *living* sea más socio-política que estrictamente jurídica.

En definitiva, a partir de las decisiones de 2023, desde la perspectiva de la interpretación constitucional, la parte dogmática de la Constitución parece que deberá atender ahora a dos criterios hermenéuticos principales: la Constitución es un texto vivo, abierto a los cambios sociales, de manera que su interpretación debe alinearse con la posición que sobre determinada materia mantenga mayoritariamente la sociedad, aunque la mayoría sea exigua, añadimos nosotros, y siendo este criterio interpretativo el preferente, reduciendo los valores y principios ético-legales al mero juego de la mayoría. Por otro lado, el segundo criterio hermenéutico se traduce en que la libertad autodeterminada constituye el valor al amparo del cual deben interpretarse los diferentes preceptos del texto constitucional, de manera que el valor dignidad consagrado en el artículo 10.1 CE será, exclusivamente, expresión de libertad. Es decir, un concepto eminentemente liberal de la dignidad y de la autonomía que olvida tanto la vulnerabilidad del ser humano como el carácter esencialmente relacional de aquélla, vulnerabilidad predicable del propio sujeto que pide morir en determinados contextos en los que su autonomía es discutible, como del sujeto que está por nacer.

16. *Casey* confirma la doctrina contenida en *Roe*, en cuanto a lo que se refiere a la proclamación de un derecho al aborto, aunque la modifica ligeramente el mandato de *Roe* pues permite que los Estados puedan aprobar normas que vengan a proteger la vida del que va a nacer, sustituyendo el criterio trimestral por el de la carga indebida, por el que las regulaciones estatales previas a la viabilidad estarán permitidas siempre que no supongan tal carga indebida en la decisión de abortar de la mujer.

Ya García de Enterría nos advirtió hace años de que la doctrina de la *living constitution*, como fórmula para hacer de la norma constitucional un documento vivo y vigente que cada generación reinterpreta en función de sus necesidades y de sus valores, es una fórmula legitimada por la aquiescencia popular y, por tanto, por la aprobación popular a lo largo de toda la historia americana. Una suerte de mecanismo de revisión o enmienda constitucional por la inferencia paralela de un supuesto asentimiento tácito[17], o, ya en palabras nuestras, de una mera exigua mayoría parlamentaria.

Nuestro debate va a situarse, por tanto, en el análisis del uso de dicha teoría que el Tribunal Constitucional ha hecho en las Sentencias sobre el aborto y la eutanasia de 2023. Antes de ello, entendemos que procede una mera revisión de las reiteradamente citadas doctrinas del *living constitution* y *living tree*.

2. LAS DOCTRINAS DE LA *LIVING CONSTITUTION* Y DEL *LIVING TREE*: ORIGEN Y EVOLUCIÓN

Como es bien conocido, a principios de los años setenta, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, bajo la presidencia del Juez Warren E. Burger, dicta una de las resoluciones más conocidas del Derecho norteamericano e, incluso, podemos decir que del Derecho en general, *Roe v. Wade*, 1973. Dicha Sentencia tiene especial trascendencia no porque resuelva la contienda sobre un problema ético-legal especialmente complejo y sensible, como el de la despenalización del aborto voluntario (el caso versaba sobre una mujer que solicita que se permita abortar en el Estado de Tejas al ser el embarazo fruto de una violación), sino porque consolida una nueva forma de interpretar la Constitución de los Estados Unidos a través de la doctrina del *living constitution.* Dicha doctrina supone abandonar una interpretación puramente originalista y literal del texto constitucional en pos de una interpretación que considere ya a la Constitución como un documento vivo que ha de ir ajustándose a los intereses y nuevos contextos sociales, políticos, económicos o culturales.

Como recuerda Nuevo López, en la década de los sesenta, el Tribunal norteamericano inicia una etapa de expansión del sistema de derechos, aplicando la teoría de la *living constitution* a cuestiones morales controvertidas, y desarrollando una política legislativa jurisprudencial progresista sobre la base de que la Constitución es un texto vivo y que corresponde a

17. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1982.

los Tribunales adaptar las previsiones constitucionales a los sentimientos de justicia y libertad presentes en la sociedad de cada momento[18].

La doctrina es, pues, expresión de lo que se ha llamado también *judicial activism*, otorgando a los jueces del Tribunal Supremo un papel jurídico-político muy relevante que va más allá de la mera función de legislador negativo en el marco de un sistema político-constitucional basado en los frenos y contrapesos (*checks and balances*) entre los tres poderes. El Juez, a través de la interpretación de la Constitución y de la resolución de los conflictos que caigan en la órbita de la misma, vendrá a actuar prácticamente como un reformador tácito de la Constitución, no limitándose a proclamar lo que no es inconstitucional, sino también lo que es constitucional. Ello en un Estado democrático plantea obviamente el dilema, tan presente en el Derecho norteamericano desde su propia fundación o, especialmente, a parte de *Marbury v Madison, 1803*, de cómo nueve personas pueden decidir lo que pretende decir la Constitución, incluso frente a la voluntad de la mayoría.

No debemos olvidar, sin embargo, que se ha señalado también que la decisión del Tribunal Supremo de Estados Unidos que inicia realmente el camino del *living constitution* no es *Roe v. Wade*, sino *Brown v. Board of Education*, 1954[19]. Pese a ello, la decisión que más impacto ha tenido en el Derecho comparado ha sido precisamente *Roe v. Wade*, y quizás por el supuesto de hecho sobre el que trató, más que desde la perspectiva de la teoría de la interpretación constitucional.

Por otro lado, la *living constitution* fue inicialmente un mecanismo de limitación de la intervención judicial que con el avenimiento de la Corte Warren se alterará y será el instrumento que permita a los más liberales llevar su programa político a la esfera de la Corte Suprema. Así, el constitucionalismo vivo sufrirá una importante transformación: dejará de ser utilizado como una crítica contra la Corte Lochner[20] para volverse una justificación de la Corte Warren[21].

18. NUEVO LÓPEZ, Pablo, «Interpretación constitucional y reconocimiento jurisprudencial de nuevos derechos en Estados Unidos tras la Sentencia Dobbs», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 26(2), p. 591.
19. STRAUSS, David A., *The living Constitution*, Oxford University Press, Nueva York, 2010, pp. 77 y 92 y 93.
20. El término se refiere a la Corte Suprema de los primeros años del siglo XX y, en especial, la que se enfrentó a las políticas socioeconómicas del *New Deal* del Presidente Franklin D. Roosevelt, desatando con ello una crisis constitucional sin precedentes que terminó ganando el presidente, en medio de sus amenazas de nombrar a más jueces (el famoso *court packing plan*) para diluir el voto de los existentes.

Sin perjuicio de lo anterior, el término *living constitution* tiene un origen más académico que jurisprudencial, ya que será MacBain quien lo emplee en su obra, *The Living Constitution. A Consideration of Realities and Legends of our Fundamental Law*, en 1927, aunque, también es verdad, que el concepto ya fue utilizado en 1922 por el Justice Brandeis en la Corte Suprema cuando afirmó que la Constitución norteamericana «no es una camisa de fuerza. Es un organismo vivo. Como tal, es capaz de crecer, de expandirse y de adaptarse a nuevas condiciones», frase que, sin embargo, no aparece finalmente en el voto particular emitido por dicho magistrado a petición del Chief Justice de la Corte, Taft[22]. Solum, sin embargo, recuerda que el término ya fue utilizado por el representante Hugh Legaré en un discurso pronunciado en el pleno de la Cámara en 1837. Legaré utilizó la frase para expresar la idea de que la Constitución es una función de las creencias y actitudes de los ciudadanos y no meramente un documento escrito: «[T]he very first pilgrim that set his foot upon the rock of Plymouth, stepped forth a LIVING CONSTITUTION! armed at all points to defend and to perpetuate the liberty to which he had devoted his whole being»[23].

También, el Justice Holmes había mencionado en Missouri v Holland, 1920[24] que «cuando tratamos con palabras que también son un acto constituyente, como la Constitución de los Estados Unidos, debemos darnos cuenta de que han dado vida a un ser cuyo desarrollo no podría haber sido previsto completamente por el más dotado de sus creadores. Les bastó darse cuenta o esperar que hubiesen creado un organismo...».

Y Roscoe Pound ya habló de la constitución viva en 1908 al referirse al trabajo del Chief Justice Marshall que trató de dar una constitución viva mediante la interpretación judicial[25]. Y poco después, el mismo Roscoe Pound diría que el Derecho debe ser estable, pero no puede permanecer inmóvil. Por eso, todo pensamiento sobre el derecho ha luchado por conciliar el conflicto entre la necesidad de estabilidad y la necesidad de cambio. El interés social en la seguridad ha llevado a buscar una base fija que pueda asegurar un orden social firme y estable. Pero los cambios continuos en las circunstancias de la vida social exigen nuevos ajustes. Por lo tanto, el orden

21. GARCÍA, José Francisco y GARCÍA-HUIDOBRO, Eugenio, «Vigencia y legado del pensamiento constitucional de Alexander Bickel en su centenario (1924-1974)», *Estudios Públicos,* julio 2024, p. 25.
22. BICKEL, Alexander, *The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics*, 2.ª ed., Yale University Press, New Haven, 198, pp. 106 a 108.
23. SOLUM, Lawrence B., «Originalism versus living constitutinalism: the conceptual structure of the great debate», *Northwestern University Law Review*, vol. 113, núm. 6, año 2019, p. 1255.
24. Missouri v Holland, 252 US 416, 433 (1920).
25. SOLUM, Lawrence B., «Originalism versus living constitutinalism:...», *cit*., p. 1256.

jurídico debe ser flexible y estable. Por ello, el principal problema al que se han enfrentado los pensadores jurídicos ha sido cómo conciliar la idea de un cuerpo fijo de Derecho, con la idea del cambio[26].

Esta manera de interpretar la norma constitucional, al amparo de lo que en España se ha denominado interpretación evolutiva, no es algo distinto a utilizar el método de la realidad social o el elemento sociológico como principal en la labor hermenéutica. La utilización de la realidad social nos lleva más allá del tenor literal de la norma, conservando su efecto práctico esencial original, pero incluyendo un supuesto que históricamente no estaba incluido o, al contrario, excluyéndolo[27].

En todo caso, es importante no olvidar que las normas constitucionales contienen unas características que las singularizan dentro del ordenamiento jurídico, ya que la norma constitucional no está orientada a la determinación de soluciones concretas a problemas determinados, sino a configurar un marco de ordenación de los poderes públicos y de garantía de los derechos de los ciudadanos, conforme se viene proclamando desde la propia Revolución Francesa. Sin embargo, ello no significa que en la interpretación de la norma constitucional deba acudirse a un método diferente. Las particulares que presenta el método de interpretación del Derecho constitucional responden a la particularidad de su objeto, a la especificidad de la norma constitucional. Lo específico no está en el método, sino en el objeto[28].

Entender la interpretación de la Constitución como una interpretación distinta, y sometida a reglas y métodos diferentes, si bien es cierto que puede suponer reconocer que la Constitución es norma distinta y, por tanto, suprema, también provoca su aislamiento y debilita su incidencia en la aplicación del resto de normas del ordenamiento jurídico. Pero, aún más, puede incluso afectar a su consideración como verdadera norma. Así, el hecho de que los textos constitucionales incorporan un relevante número de valores y principios y de conceptos jurídicos indeterminados o que se

26. POUND, Roscoe, *Interpretations of Legal History*, 1, 1923, y *Law finding through experience and reason*, 23, 1960, en FLORES, Imer B., «The living tree constitutionalism: fixity and flexibility», *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho,* núm. 3, enero 2009, p. 44 y 45.

27. LÓPEZ y LÓPEZ, Angel M., «En torno a la llamada interpretación evolutiva (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, permitiendo el de las personas del mismo sexo», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 27, año 2103, p. 191.

28. LAFUENTE BALLE, José María, *La judicialización de la interpretación constitucional*, Colex, Madrid, 2000, p. 37. *Vid*., también, COMANDUCCI, Paolo, «Constitucionalización y neoconstitucionalismo», en COMANDUCCI, Paolo, AHUMADA, Marian y GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (eds.), *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 94.

trate, de una norma con valor político[29], provoca, no un método diferente, sino el mismo método, pero sometido a ciertas peculiaridades.

De este modo, el recurso al elemento sociológico no es propio o exclusivo de la norma constitucional, ya que al se acude también en la labor interpretativa de muchas otras normas. Sin embargo, sí es cierto que tiene mayor virtualidad, precisamente por esa doble vocación de norma incólume pero adaptada al marco social.

Una de las críticas que se hace a la teoría de la constitución viva es que no hay consenso sobre cuál debe ser el principio que guíe tal interpretación «viva». Es decir, los defensores de esa escuela de pensamiento coinciden en que la Constitución no es estática, pero difieren entre ellos cuando hay que definir el criterio rector que hace falta para mantenerla viva[30].

Además, frente a la doctrina de la *living constitution* existe en Estados Unidos otra que podemos tildar de antagónica o, al menos, así lo hace uno de los grandes defensores de la constitución viva, el profesor Strauss quien expresa que es su antítesis, el originalismo[31], el cual está también asentado como un gran criterio interpretativo.

El originalismo sostiene que la Constitución o, al menos, algunas de sus cláusulas deben interpretarse teniendo en cuenta el criterio de los constituyentes (*original intent*), siendo el caso *US v Lovett*, 1946, el *seminal case* de dicha teoría[32]. En palabras del Diccionario Oxford de la Lengua Inglesa, el originalismo es «judicial interpretation of the Constitution which aims to follow closely the original intentions of its drafters».

El originalismo no es en sentido estricto, como tampoco lo es la *living constitution*, una doctrina, sino un conjunto de teorías de interpretación constitucional que se comienzan a desarrollar en Estados Unidos en la década de los años setenta, teniendo especial relevancia para su desarrollo el trabajo de Robert Bork, «Neutral principles and some first amendment problems». Hay, por tanto, varias formas de interpretar de manera originaria, como las hay de interpretar de acuerdo con la constitución viva.

29. ASENSI SABATER, José, *Constitucionalismo y Derecho constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 188 a 199.
30. SCALIA, Antonin, *A matter of interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, Princeton, 1997, pp. 44 y 45. *Vid*., también, MARTÍNEZ TORRES, Rafael L., «El originalismo como método de interpretación constitucional y el principio de separación de poderes», *Revista Jurídica Universidad Interamericana de Puerto Rico*, vol. XLIX, núm. 2, p. 256.
31. STRAUSS, David A., *The living Constitution*, Oxford University Press, Nueva York, 2010.
32. Diccionario Panhispánico del español jurídico.

Incluso, como señala Solum, los propios conceptos de originalismo y constitución viva son utilizados de manera diferente por diferentes autores, surgiendo complicaciones adicionales al discutirse el propio significado del término[33]. En todo caso, sí existen rasgos comunes en las diferentes versiones de ambas teorías interpretativas.

Así, en el originalismo hay dos ideas principales: el significado original del texto constitucional quedó fijado en el momento en el que la Constitución fue redactada y ratificada, tesis de la fijación (*fixation tesis*), y la labor de los jueces se debe constreñir a este significado original fijo, principio de restricción (*constraint principle*)[34]. Como recuerda Simon, constricción y restricción (*judicial constraint* y *judicial restraint*) no son lo mismo en el sistema jurídico. El primero hace referencia a que la Corte debe constreñir su decisión al marco que fija el texto constitucional, es decir, el significado original del texto constitucional limita la práctica constitucional. Por el contrario, la restricción se refiere a la deferencia por parte de la Corte a las decisiones tomadas por el poder legislativo, lo que en nuestro sistema denominados, en cierto modo, interpretación conforme[35]. Se trata, pues, de dos actitudes bien diferentes, aunque el término *constraint* suela traducirse habitualmente en nuestra lengua como restricción.

Bennet y Solum establecen cuatro ideas básicas para definir el originalismo. La primera postula que el significado lingüístico del texto constitucional se fijó en el momento en que cada cláusula fue aprobada. La segunda sugiere que el entendido constitucional quedó fijado por el significado de las palabras y frases, además de la gramática y sintaxis que caracterizaba las prácticas del público y por la intención de los constituyentes. Por su parte, en la tercera idea se indica que el significado original de la Constitución tiene fuerza legal; el texto es ley y no un mero símbolo. En la última idea se expresa que la interpretación constitucional incluye dos actividades: una que busca el significado lingüístico del texto y; otra que determina su efecto jurídico[36].

El originalismo tiene a su favor la promesa de previsibilidad, de certeza y la limitación de los poderes de los jueces, en definitiva, de mayor seguridad jurídica. Pero puede tener en contra la realidad. La noción de la Cons-

33. SOLUM, Lawrence B., «Originalism versus living constitutionalism:...», *cit*., p. 1245.
34. *Ibidem*, pp. 1265 y 1266.
35. SIMON, Jennifer, «Red herring history: an analysis of why Dobbs is not originalism», *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, vol. 21, año 2023, p. 598.
36. BENNET, Robert W. y SOLUM, Lawrence B., *Constitutional Originalism: a debate*, Cornell University Press, Ithaca, 2011. *Vid*., también, MARTÍNEZ TORRES, Rafael L., «El originalismo como método de interpretación constitucional y el principio de separación de poderes», *cit*., p. 258.

titución viviente, en cambio, permite el desarrollo constitucional, la adaptación del texto a las nuevas realidades y necesidades, pero tiene el problema de la indeterminación. Y la realidad nos muestra que a veces un mismo intérprete opta por perspectivas originalistas y otras veces por visiones no originalistas, y este cambio suele responder a las características del caso a resolver o a concepciones o ideas políticas, ideológicas, culturales, filosóficas, etc[37].

Junto a estas dos formas más dicotómicas de interpretar la Constitución, encontramos también fórmulas intermedias, como el denominado originalismo vivo (*living originalism*), el cual, en palabras de Balkin, parte de considerar, por un lado, que los padres fundadores establecieron en la Constitución un marco (*framework*) de gobierno y, por el otro, que las generaciones futuras tienen una participación importante en el proceso de evolución y cambio de esa estructura para, de esa manera, alcanzar las aspiraciones de la Constitución. Primero habría, por tanto, que determinar el significado original del texto de la Constitución, el cual constituye el marco (*framework*), y después, aplicar ese texto utilizando las distintas modalidades de interpretación. Para esta forma más flexible de originalismo habría que distinguir dentro de la Constitución aquellos apartados en los que los padres fundadores incluyeron unas normas más rígidas que limitan la discreción de aquellos otros que se basan en principios más abstractos o utilizan términos más amplios o ambiguos[38].

Por lo que a la doctrina del *living tree* canadiense se refiere, ésta surge en *Edwards v. Attorney-General for Canada*, 1930 (comúnmente conocido como *Persons case*), donde se expresa que «The British North America Act planted in Canada a living tree capable of growth and expansion within its natural limits... Their Lordships do not conceive it to be the duty of this Board —it is certainly not their desire— to cut down the provisions of the Act by a narrow and technical construction, but rather to give it a large and liberal interpretation so that the Dominion to a great extent, but within certain fixed limits, may be mistress in her own house, as the Provinces to a great extent, but within certain fixed limits, are mistresses in theirs», es decir, en resumen, que la interpretación de la norma constitucional no puede ser estrecha y técnica, sino que debe hacerse de manera amplia y

37. RISSO FERRAND, Martín, «Mutación e interpretación evolutiva de la Constitución», *Estudios Constitucionales,* año 15, núm. 1, 2017, p. 223.

38. BALKIN, Jack M., *Living originalism*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 2011. *Vid.*, también, MARTÍNEZ TORRES, Rafael L., «El originalismo como método de interpretación constitucional y el principio de separación de poderes», *cit.*, p. 260.

liberal, ya que aquélla se plantó en Canadá como un árbol vivo capaz de crecer y expandirse dentro de sus límites naturales[39].

A partir de ahí, la Corte Suprema vendrá a acoger la interpretación progresiva de la norma y considerará que la Constitución es un árbol vivo que atiende las realidades de la vida moderna. Ello supone el rechazo de la tesis originalista por la cual el significado lingüístico de las palabras del texto constitucional está fijado en el momento de su promulgación, aunque siempre dentro de las restricciones normales de la interpretación[40].

En palabras del presidente del Tribunal Supremo McLachlin, una interpretación que petrifique la interpretación constitucional es contraria a los principios más fundamentales del sistema constitucional canadiense, los cuales establecen que la Constitución es un árbol vivo que, mediante una interpretación progresiva, se adapta y aborda las realidades de la vida moderna[41].

Otro de los casos paradigmáticos en los que la Corte canadiense recurre a la doctrina del *living tree* es el relativo a la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, caso éste que es utilizado precisamente por nuestro Tribunal Constitucional para incorporar una interpretación equivalente de nuestra Constitución en 2012. En dicho caso (*Re Same--Sex Marriage*, 2004), la Corte Suprema se basó en el argumento de que «nuestra Constitución es un árbol vivo que... se adapta y aborda las realidades de la vida moderna»[42].

Sin embargo, como señala Miller, si bien se ha escrito mucho sobre la interpretación constitucional viva en Canadá, dicha doctrina sigue estando

39. El caso resuelto por Edwars venía referido a si la frase «persona apta y calificada» elegible para servir en el Senado podía incluir tanto a mujeres como a hombres. El Consejo Privado revocó la decisión de la Corte Suprema de Canadá y sostuvo que la palabra «personas» era ambigua entre hombres y mujeres, y que no había ninguna buena razón para que no se leyera de manera que incluyera a las mujeres. El gobierno de Canadá había argumentado que «personas» solo podía significar personas masculinas, porque en el momento de la promulgación de la norma en 1867, el entendimiento claro era que ésta solamente debía entenderse referida a los varones. Sin embargo, el Privy Council optó por una interpretación distinta de la meramente originalista llevada a cabo por la Corte Suprema.
40. HOGG, Peter W., *Constitutional Law of Canada*, 5.ª ed., vol. 2, Thomson Carswell Limited, Ontario, 2007, p. 60.
41. PIERDOMINICI, Leonardo, «The canadian living tree doctrine as a comparative model of evolutionary constitutional interpretation», *Perspectives on Federalism*, vol. 9, núm. 3, año 2017, p. 94.
42. Reference Re Same-Sex Marriage, 2004 SCC 79 at para 22.

poco desarrollada o sistematizada jurisprudencialmente[43]. En palabras de Pierdominici, el enfoque del árbol vivo consiste en identificar los propósitos o fines de las disposiciones constitucionales para darles sentido, construyéndolas en función de esos propósitos o fines. Esta técnica de interpretación también se adopta cuando no hay una orientación clara en cuanto a la naturaleza o el significado del interés protegido en juego, el cual es analizado por la Corte Suprema canadiense, no necesariamente desde una perspectiva histórica, sino también contemporánea[44]. Y añade que la doctrina del árbol vivo podría ser considerada como sólo una de las muchas metáforas utilizadas en diferentes contextos jurídicos para describir la afirmación clásica de que, desde una perspectiva pragmática judicial, una constitución tiene un significado dinámico, debiendo ser tomadas en consideración las opiniones de la sociedad contemporánea al interpretar términos constitucionales relevantes[45].

El recurso por ambos Tribunales Supremos, el norteamericano y el canadiense, no es, en todo caso, frecuente, sino que queda circunscrito a casos muy específicos, como el reconocimiento de nuevos derechos que aparentemente parecen ser demandados por la sociedad o parte de ella y que no aparecen explícitamente reconocidos en la Constitución ni en la Carta canadiense. No son, por tanto, muchas las decisiones de ambas Altas Magistraturas las que recurren a dichas doctrinas para interpretar sus normas constitucionales. Incluso, en Canadá, a diferencia de Estados Unidos, el Tribunal Supremo no acudió de manera expresa, como ya hemos anticipado antes, al *living tree* en el debate constitucional sobre el aborto o el suicidio médico asistido.

Para concluir con este apartado relativo a los conceptos de *living constitution* y *living tree*, es importante hacer referencia al presunto impacto que reciente decisión de la Corte Suprema norteamericana, *Dobbs v Jackson*, 2022, pueda tener en la futura aplicabilidad de una interpretación constitucional evolutiva y viva. En el caso *Dobbs*, la Corte Suprema debatió la constitucionalidad de una legislación de Mississippi, la *Gestational Age Act*, la cual establecía que, excepto en el caso de una emergencia médica o en el caso de una anormalidad fetal, una persona no podrá con intención ni conocimiento realizar o inducir el aborto de una persona humana no nacida si la edad

43. MILLER, Bradley W., «Beguiled by metaphors: the «living tree» and originalist constitutional interpretation in Canada», *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 22, año 2009, p. 4.

44. PIERDOMINICI, Leonardo, «The canadian living tree doctrine...», *cit.*, p. 93. *Vid.*, también, TREMBLAY, Luc B., «L Interprétation téléologique des droits constitutionnels», *Revue Juridique Thémis*, vol. XXIX, año 1995, p. 473.

45. PIERDOMINICI, Leonardo, «The canadian living tree doctrine a ...», *cit.*, p. 94.

gestacional del que va a nacer supere las quince semanas. Los recurrentes consideraban que la citada norma limitaba arbitrariamente el derecho a la interrupción del embarazo, reconocido en *Roe* y, posteriormente, en *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v Casey*. Los Tribunales de primera y segunda instancia aceptaron las pretensiones de los recurrentes y, por ello, fue finalmente el Estado de Mississippi el que recurrió ante la Corte Suprema. Y como es bien conocido por el impacto mediático que tuvo a nivel mundial la Sentencia y también la filtración anticipada a los medios de comunicación de su borrador, la Corte revocó las doctrinas *Roe* y *Casey*, considerando que no puede deducirse de la Constitución una suerte de derecho al aborto, quedando por tanto la regulación de esta cuestión en manos de los Estados, es decir, de la representación democrática. En palabras del Justice Thomas, autor de uno de los votos particulares concurrentes con la mayoría, desde *Roe* y *Casey* los defensores del aborto siguen sin poder articular coherentemente el derecho en juego y ello demuestra que el derecho al aborto es, en última instancia, un objetivo político en desesperada búsqueda de justificación constitucional[46].

Como describe Nuevo López, en su análisis el Justice Alito parece alejarse de del modelo de interpretación contrario al de la *living constitution*, el originalista. Así, en lugar de indagar por el sentido originario, el significado público original (*original public meaning*) de la XIV Enmienda, lo que va a hacer es considerar que, siendo el aborto un tema con graves implicaciones morales en las que la sociedad está profundamente dividida, debe permitirse a cada Estado decidir cómo regular esta práctica siguiendo las preferencias de sus ciudadanos expresada por sus legítimos representantes, sin cerrar abruptamente el proceso político y sin asumir el Tribunal un papel de creador y no aplicador del Derecho. Para Alito, la Sentencia *Roe* es claramente deficiente no solo porque no se molesta en justificar si el ordenamiento norteamericano o el *Common Law* permiten incorporar al acervo de derechos uno relativo al aborto, sino porque acaba por establecer un conjunto de reglas muy parecidas a las que pueden encontrarse en una norma promulgada por un Parlamento[47]. El ponente de *Dobbs* se aparta del precedente que suponen *Roe* y *Casey* porque considera que el razonamiento contenido en éstas es muy débil y erróneo, ya que sin base ni en el texto constitucional ni en los precedentes ni en la Historia, se proclama un derecho y, además, ello se hace yendo la Corte más allá de lo planteado por las partes.

46. TELLO MENDOZA, Juan Alonso, «El caso Dobbs: de la constitución viva a la democracia constitucional viva», *Revista de Derecho Político*, núm. 116, enero-abril 2023, p. 139.

47. NUEVO LÓPEZ, Pablo, «Interpretación constitucional y reconocimiento jurisprudencial...», *cit.* pp. 594 y 595.

En palabras del ponente, ninguna de las partes invocó ni que la viabilidad debía marcar el límite para la interrupción del embarazo ni tampoco el criterio de los trimestres. Incluso, *Casey* introdujo un criterio de mayor ambigüedad como fue el de la carga indebida (*undue burden*), en virtud del cual, los Estados podían establecer normas para proteger la vida del que va a nacer, pero ello, siempre que no supongan un obstáculo sustancial al derecho de la mujer a abortar antes de que el feto alcance la viabilidad. El problema con el criterio que introduce Casey radica en la dificultad de encontrar una interpretación clara de su significado. Y, a este respecto, Tello Mendoza señala que tal criterio de la carga indebida ha obtenido una mala puntuación, pues la experiencia de los Tribunales de Apelación indica que la línea que separa a las restricciones permisibles de aquellas inconstitucionales es imposible de trazar con precisión[48]. Y es que, como señala Simón Yarza, *Casey* no especificó qué cargas son «debidas» y cuáles son «indebidas», sino que fijó *reglas subsidiarias que* se solapan entre sí y arrojan, conjuntamente, un marco ambiguo[49]. Además, las disposiciones de Casey referidas a la carga indebida plantean otro problema, y es que no pueden aplicarse con carácter general a todas las mujeres, ya que las circunstancias de cada una pueden ser diferentes a la hora de valorar lo indebido de una carga. Aspectos como la situación familiar o económica, el lugar de residencia, las obligaciones laborales, la capacidad de comprensión para recibir las informaciones médicas sobre el feto o el aborto, el estado psicológico o emocional, y la firmeza de su decisión son determinantes para modificar el contenido esencial de ese criterio[50].

El Justice Alito no se aparta de la interpretación que, en cierto modo, hace *Roe* de la XIV Enmienda, sino que alcanza conclusiones completamente opuestas, permitiéndose apartarse del precedente por el error de interpretación cometido en el mismo y perpetuado en *Casey*. Entre otras razones, por optar por la no protección del *nasciturus*, pese a admitir la imposibilidad de determinar una teoría sobre el inicio de la vida y, por ende, su protección. El Tribunal *Roe* estableció una regla de máximos, no un estándar mínimo, lo que, en cierto modo, trata de hacer, pero no culmina *Casey*, y ello, sin que

48. TELLO MENDOZA, Juan Alonso, «El caso Dobbs: ...», *cit.*, p. 148. El término de la carga indebida viene referido a la posibilidad de que los Estados puedan aprobar normas relativas al aborto en la que se incorporen determinados mecanismos de protección de la vida del feto, pero sin que ello pueda constituir una carga indebida para el ejercicio del derecho al aborto de la mujer en el primer trimestre de embarazo.
49. SIMÓN YARZA, Fernando, *El derecho a la vida..., op. cit.*, p. 74.
50. SALINAS MENGUAL, Jorge, «Estudio jurisprudencial comparado en materia de aborto: entre Dobbs y la Sentencia 44/2023 del TC español», *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, núm. 63, año 2023, p. 8.

exista el necesario consenso social[51]. Para el Justice Alito el aborto presenta un problema moral profundo sobre el cual los estadounidenses tienen puntos de vista intensamente contradictorios. Algunos creen fervientemente que una persona humana comienza en el momento de la concepción y que el aborto acaba con una vida inocente. Otros consideran que cualquier regulación del aborto invade el derecho de la mujer a controlar su propio cuerpo e impide que las mujeres alcancen la plena igualdad. Otros piensan que el aborto debe permitirse en algunas circunstancias, pero no en todas, y dentro de este grupo existe una serie diversa de puntos de vista sobre las restricciones particulares que deben imponerse[52].

Para el Justice Alito, la afirmación judicial de un nuevo derecho no expresamente reconocido y presuntamente deducido de la XIV Enmienda exige, como había venido declarando la propia Corte Suprema a partir de la doctrina contenida en *Herbert v Louisiana*, 1926, y *Palko v Connecticut*, 1937, superar un doble test. En primer lugar, debe tratarse de un derecho profundamente arraigado en la historia y tradición del sistema jurídico norteamericano. En segundo término, debe ser un derecho esencial para el esquema de libertad ordenada en que se basa el experimento constitucional de los Estados Unidos[53], debiendo indagarse si el derecho es de tal naturaleza que no puede denegarse sin violar los principios fundamentales de libertad y justicia que descansan en la base de las instituciones políticas y civiles de Estados Unidos. Es decir, un doble criterio historicista y iuspolítico. Y ninguno de ellos se cumple en el caso del aborto, como años antes el Justice Rehnquist expresara en *Washington v. Glucksberg*, 1997, en relación con la presunta existencia de un derecho al suicidio asistido. No puede apreciarse en el *Common Law* un reconocimiento del derecho al aborto, todo contrario, ya que constituía un hecho tipificado penalmente a lo largo de los siglos XIX y XX. Incluso, cuando la XIV Enmienda fue ratificada, en 1868, tres cuartas partes de los Estados los Estados tenían normas que prohibían el aborto.

No cabe, pues, sostener el derecho al aborto estuviera profundamente arraigado en la historia y tradición jurídica de la Nación. Ni tampoco puede deducirse del propio esquema de libertad ordenada, ya que, si bien los individuos son libres de pensar y decir lo que deseen sobre la existencia, el significado del universo o el misterio de la vida humana, no siempre son libres para actuar de acuerdo con su pensamiento al respecto, dado que la

51. TELLO MENDOZA, Juan Alonso, «El caso Dobbs...», *cit*., p. 144.
52. Vid. GARCÍA-ANTÓN PALACIOS, Elena, «Perspectiva legal del aborto en Estados Unidos y Europa después del caso Dobbs», *cit*., p. 10.
53. NUEVO LÓPEZ, Pablo, «Interpretación constitucional y reconocimiento jurisprudencial...», *cit*., p. 596.

libertad ordenada establece límites y define la frontera entre intereses contrapuestos. Y tal ajuste entre intereses contrapuestos, cuando no existe un criterio claro en la Constitución, debe ser establecido por los ciudadanos a través de sus representantes.

Así pues, en sentido estricto, como hemos avanzado antes, el Justice Alito solo se aparta de *Roe* en cuanto a las conclusiones, pero no en la manera de interpretar la deducción de un nuevo derecho a partir de la XIV Enmienda. Lo que el ponente consideró es que *Roe* no había respetado el mencionado doble test, omitiendo, además, fuentes y datos[54]. *Dobbs*, por tanto, no elimina la posibilidad del reconocimiento de nuevos derechos en el sistema norteamericano al amparo de la XIV Enmienda o de la IX, ni excluye del método de interpretación del Tribunal la doctrina de la *living constitution*, sino que simplemente concluye que *Roe* y, por tanto, *Casey* se habían apartado precisamente de la doctrina del propio Tribunal para efectuar dicho reconocimiento. Para Cass Sunstein la Corte en *Dobbs* opta por una interpretación tradicionalista del *due process clause* (*due process* traditionalism)[55].

Y siguiendo nuevamente a Nuevo López, son paradójicamente los votos particulares discrepantes de los Justices Breyer, Sotomayor y Kagan los que, en cierto modo, optan por una interpretación más originalista. Así, afirman que los redactores de la Constitución definieron los derechos en términos generales, para permitir una evolución futura en su alcance y significado. Y a lo largo de nuestra historia, este Tribunal ha aceptado la invitación de los artífices del texto constitucional. Se ha mantenido fiel a sus principios aplicándolos de nuevas formas, en respuesta a los nuevos planteamientos y condiciones de la sociedad. Y es que, para los discrepantes, las ideas de libertad e igualdad pueden evolucionar, permaneciendo fieles a los principios constitucionales, la historia constitucional y los precedentes constitucionales, pues la tradición constitucional no puede quedar congelada en un momento singular, sino que debe acomodarse al curso de la historia de la Nación, y a la evolución que paso a paso se deduce de los precedentes del Tribunal[56].

54. TOLLER, Fernando M., «Los derechos humanos no enumerados: historia, sentido, dificultades, posibilidades», en CREGO, Jorge y PEREIRA SÁEZ, Carolina (eds.), *Los nuevos derechos humanos. Teoría jurídica y praxis política*, Comares, Granada, 2024, p. 253.
55. SUNSTEIN, Cass R., «Dobbs and the Travails of Due Process Traditionalism», *Harvard Public Law Working Paper*, núm. 22-14, año 2022.
56. NUEVO LÓPEZ, Pablo, «Interpretación constitucional y reconocimiento jurisprudencial...», *cit.*, p. 593.

El ponente Alito, a diferencia del planteamiento del voto particular concurrente del Justice Thomas, no propone una revisión del resto de derechos nacidos al amparo de la doctrina de la *living constitution* y, más concretamente, en el marco de la XIV Enmienda sobre el debido proceso (*due process clause*). Para Alito, la diferencia entre el derecho al aborto y otros derechos igualmente proclamados *ope curiae*, es que aquél supone el reconocimiento de una libertad que afecta a un tercero, el que va a nacer o, en expresión literal de *Roe*, la vida potencial. Y aquí radica, seguramente, la diferencia entre *Dobbs* y la resolución dictada unos años antes por la misma Corte en relación con la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, *Obergefell v Hodges,* 2015. En ésta, dictada por una Corte con aún una mayoría progresista, al menos, en el ámbito de los derechos civiles (cinco a cuatro), se recurrió, como recuerda Delgado Ramos, a la doctrina de la *living constitution*, pese a que se trataba de un debate que dividía profundamente a la sociedad norteamericana, como ocurría con el aborto. En *Obergefell* el Tribunal declara que el matrimonio constituye una institución cambiante que, si bien, quedó inicialmente confinada para las relaciones de sexo opuesto, ha evolucionado con el tiempo, conectando también su argumentación con la propia lucha del colectivo homosexual por su dignidad y libertad, lo que conecta con la *due process clause que* se extiende a aquellas opciones personales centrales a la dignidad individual y a la autonomía, incluyendo decisiones íntimas que definen las creencias y la identidad personal[57].

Para el Tribunal, cuando del derecho de las personas a contraer matrimonio se trata, no cabe hablar de un daño o perjuicio para terceros, ni incluso para los hijos del matrimonio, porque en sus palabras, en caso de excluir del derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo, puede llegar a producir graves problemas en los niños, ya que sin el reconocimiento, la estabilidad y previsibilidad que ofrece el matrimonio, sus hijos sufren el estigma de saber que sus familias son de alguna manera inferiores. También sufren los significativos costes materiales de ser criados por padres solteros, relegados sin ninguna culpa a una más incierta y difícil vida familiar. Las leyes del matrimonio en cuestión dañan y humillan a los hijos de parejas del mismo sexo[58].

Así pues, mientras que en *Dobbs* el ponente aprecia que la libertad puede justificarse que se vea limitada por la presencia de un tercero o, al menos, un bien jurídico constitucionalmente protegido, la vida potencial, en *Ober-*

57. DELGADO RAMOS, David, «Obergefell Contra Hodges: La Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo», *Revista de Derecho Político*, núm. 99, mayo-agosto 2017, pp. 343 y 344.

58. *Ibidem*, p. 346.

gefell no existe ese tercero o, al menos, si existe su situación jurídica se ve más protegida reconociéndoles a sus padres la facultad de contraer matrimonio que negándosela. *Dobbs*, por tanto, no niega los *privacy rights*, sino que considera que el derecho al aborto no puede admitirse dentro de ellos al suponer la finalización de la «vida potencial» y constituir, además, una «cuestión moral crítica».

Como puede verse, el argumento esgrimido por la Corte norteamericana difiere del incorporado por nuestro Tribunal Constitucional para proclamar la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. Aquí, el Tribunal patrio no proclama ninguna suerte de derecho fundamental a favor de las personas del mismo sexo, como sí hace el norteamericano, sino que se limitó, pese a invocar la doctrina del *living tree*, a declarar que tal decisión del legislador no era contraria a la Constitución, como tampoco lo sería, *mutatis mutandi*, la contraria de limitar el matrimonio a las personas de diferente sexo. El argumento relativo a una presunta infracción del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 14 CE por no reconocimiento del acceso al matrimonio a las personas del mismo sexo que había defendido algún sector de la doctrina en España, no fue atendido por el Tribunal. Así, para algún autor, no reconocer el derecho a contraer matrimonio a los homosexuales carecía de toda proporcionalidad y razonabilidad, sobre todo, si se atendía a cuál era en la sociedad española de la segunda década del siglo XXI la función del matrimonio, un mero mecanismo de interrelación personal por la que se expresa un compromiso de permanencia que gozaba de prestigio social, es decir, un concepto que se apartaba del tradicional basado en el *bonum prolis*, en la procreación. Negar al homosexual el derecho al matrimonio y remitirle a otras formas de unión nominalmente diferentes, decían, suponía negarle, injustificadamente, el prestigio social que otorga la condición de cónyuge. Para dichos autores, el principio sobre el que debía fundamentarse la solución del caso es el de desigualdad. Así, el Tribunal debería haber centrado la cuestión en que la homosexualidad es una condición privada de la persona que no tolera ser fuente de discriminación, al estar ésta vetada por el artículo 14 de la Constitución.

En definitiva, *Dobbs* no acaba con la doctrina de la *living constitution* en el sistema constitucional norteamericano ni impone un catálogo cerrado de derechos, lo que, en todo caso, no sería fácil dado el tenor, no de la XIV Enmienda, sino de la IX. Lo que realmente hace, al margen de toda polémica política o del impacto social que la decisión pueda tener en un tema tan complejo como el del aborto, es, al menos en teoría, devolver a la Corte Suprema al camino de la interpretación de la XIV Enmienda, recuperando el doble test de enraizamiento profundo en la historia y tradición de la

nación norteamericana y de libertad ordenada. Pueden reconocerse nuevos derechos, pero sujetándolo a un severo judicial *self-restraint*. Y es aquí donde *Dobbs* puede apartarse de *Roe*, no porque opte por una interpretación puramente originalista de la Constitución, sino porque sujeta tal reconocimiento a un test menos flexible que el que pudiera ofrecer la *living constitution* en su interpretación más amplia. El reconocimiento de un nuevo derecho supone un plus de argumentación por quien ello sostiene y no, por el contrario, trasladar la carga de la prueba a quien lo deniega. Como dijera la Corte en *Collins v Harker Heights*, 1992, la doctrina de la autolimitación judicial nos exige que ejerzamos el máximo cuidado cada vez que se nos solicite abrir nuevos caminos en este campo de la expansión del concepto del debido proceso[59].

Y es que, quizás, el principal problema con el que se encontró *Dobbs* a la hora de revocar la doctrina contenida en *Roe* y *Casey* radicaba en el *stare decisis* o doctrina del precedente judicial, tan importante en los sistemas jurídicos del *common law*[60]. Y, por ello, *Dobbs* no enmienda la doctrina de *Roe* por considerarla de peor valor argumentativo, sino por entender que es manifiestamente errónea. Además, Dobbs recuerda también que el *stare decisis* no le ha impedido a la Corte en el pasado revertir sus propios precedentes. El precedente, pues, no es un absoluto, y su fuerza depende en buena medida de la razonabilidad de la argumentación en que se basa. En el caso que nos ocupa, la Corte consideró que tanto *Roe v. Wade como Planned Parenthood v. Casey,* carentes de fundamento en el texto, la historia y el precedente anterior, debían ser anuladas[61].

En cuanto a la doctrina canadiense del *living tree*, es obvio que, sustancialmente por razones de foro, la nueva resolución sobre el aborto de la Corte Suprema norteamericana no tiene efecto alguno en el ordenamiento o jurisprudencia canadiense, por lo que la vigencia de la doctrina del *living tree* debe considerarse incólume. Además, como han señalado la doctrina canadiense, la propia regulación del aborto en Canadá, cuya despenalización tuvo lugar en 1988 en el caso *R. v Morgentaler*, en el que la Corte Suprema de Canadá determinó que la ley sobre el aborto violaba el derecho de la mujer a la vida, la libertad y la seguridad de la persona, hace harto difícil que la nueva doctrina norteamericana pueda afectar a Canadá, o, al menos, a su regulación del aborto, la cual está fundamentada en la proporcionalidad y no solo en la privacidad de la mujer. Y precisamente el recurso por parte del Tribunal al principio de proporcionalidad hace que la inter-

59. TOLLER, Fernando M., «Los derechos humanos no enumerados: ...», *cit.*, pp. 251 y 252.
60. SIMÓN YARZA, Fernando, *El derecho a la vida..., op. cit.*, p. 75.
61. *Ibidem*, p. 76.

pretación progresiva y amplia de los derechos sea más factible. Un sistema constitucional en el que el Estado puede limitar proporcionalmente los derechos constitucionales es, sin duda, un sistema que otorga a su poder judicial un mandato más amplio y más fuerte para revisar la acción del gobierno[62].

Tampoco hay una equivalencia u origen idéntico de ambas doctrinas del *living*. La norteamericana surge, precisamente, en el ámbito de la proclamación de nuevos derechos no expresamente reconocidos en el texto constitucional, mientras que la canadiense nace en la interpretación del lenguaje empleado por la norma constitucional en relación con la parte orgánica, aunque también se haya aplicado más adelante a la parte dogmática en el debate sobre la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo.

En todo caso, no podemos negar que ambas doctrinas, la de la constitución viva y la del árbol vivo guardan una gran conexión o mutua influencia, ya que enlazan a través del concepto de *privacy*[63], y aún siendo sus orígenes algo diferentes, expresan un concepto casi idéntico que deriva del clásico debate constitucional entre perdurabilidad y adaptación de las Constituciones.

Ambas doctrinas pueden enlazarse con las palabras del propio Chief Justice Marshall en *McCulloch v. Maryland*, 1819, cuando refieriéndose a la naturaleza e interpretación de la Constitución, manifesto que «[W]e must never forget that it is a constitution we are expounding... [a constitution does not] partake of the prolixity of a legal code... a constitution, intended to endure for ages to come, and, consequently, to be adapted to the various crises of human affairs»[64].

Quizás la única gran diferencia entre la constitución viva y el árbol vivo es que solamente la primera tiene un verdadero rival interpretativo en su sistema constitucional, el originalismo. Este es un producto del Derecho constitucional norteamericano y no tanto del canadiense[65].

62. LORD, Phil, «Trumping Dobbs», *University of Illinois Law Review,* núm. 12, febr 23, año 2023, p. 21.
63. *Vid.* VIDAL GIL, Ernesto J., «Bioética y Derecho: principios y reglas en el final de la vida», en ARCOS VIEIRA, María Luisa, *Autonomía del paciente e intereses de terceros: límites,* Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 355.
64. FLORES, Imer B., «The living tree constitutionalism: fixity and flexibility», *cit*., p. 43.
65. *Vid.* FABRA ZAMORA, Jorge Luis, «Wilfrid J. Waluchow: el positivismo incluyente y el constitucionalismo del "árbol vivo"», *Revista Diálogos de Saberes*, núm. 49, p. 33.

Así, cabría sostener que la invocación del *árbol vivo* no debería necesariamente verse afectada por las consecuencias constitucionales de *Dobbs* en un Estado como el canadiense en el que la tal jurisprudencia no tiene efectos directos, aunque la cercanía territorial y las conexiones culturales y sociales no descartan su influencia mediata.

En todo caso, como expresa McConnell, *Dobbs* supone uno de los giros más llamativos en la historia del Tribunal Supremo y el más claramente fundamentado en una de las posiciones doctrinales en materia de interpretación constitucional: la idea de que el significado de la Constitución depende únicamente o, principalmente, del texto constitucional tal y como se entendía en el momento que se escribió, aunque complementado por tradiciones y prácticas profundamente arraigadas y adoptadas desde entonces[66]. Y, por ello, habrá que esperar un tiempo para valorar más correctamente su verdadero impacto en el sistema constitucional canadiense. *Casey* y el propio voto concurrente del Chief Justice Roberts poco hacían presagiar un giro de timón constitucional tal en el sistema norteamericano, aunque leída con detenimiento y, al margen de la disputa política, no parece que *Dobbs* sea una mera expresión de ideología o creencias sobre el aborto, sino un texto sólidamente construido, aunque pueda discreparse del parecer de su mayoría, más por el impacto social de la decisión que por su construcción estrictamente jurídica.

3. EL DERECHO A LA VIDA COMO TEXTO CONSTITUCIONAL ABIERTO Y VIVO

Entrando ya en el análisis de las Sentencias del año 2023 en las que el Tribunal Constitucional recurre a la doctrina de la *living tree,* la Sentencia 19/2023 sobre la constitucionalidad de la despenalización de la eutanasia y de la proclamación de un nuevo derecho a morir inaugura sus argumentos jurídicos a través de lo que denomina, literalmente, «elemental recordatorio» para explicar sucintamente la función que le corresponde desempeñar al Tribunal en el marco de los limites de la jurisdicción constitucional frente al legislador[67].

Así, para el Tribunal, debe partirse de la premisa constitucional de que la norma fundamental ofrece cobertura a plurales «opciones políticas» y «de muy diferente signo», siempre que no la contradigan, gozando el legis-

66. McCONNELL, Michael W., «Presentación», en PALOMINO LOZANO, Rafael (Coord.), *Dobbs v Jackson. El cambio de paradigma sobre el aborto*, Iustel, Madrid, 2024, p. 13.

67. Estas cuestiones no son abordadas expresamente en la posterior Sentencia 94/2023, sino que el Tribunal se remite a lo recogido en la dictada en marzo.

lador de un espacio de libertad dentro del marco que el texto constitucional ofrece. Y nos recuerda que la Constitución no es un programa cerrado, sino un texto abierto, un marco de coincidencias suficientemente amplio, como corresponde a un ordenamiento constitucional que consagra como uno de sus valores superiores el pluralismo político.

Por ello, la labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas, conclusión ésta a la que solamente podrá llegarse, considera el Tribunal, cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos.

La función del máxime intérprete de la Constitución consiste, pues, en fijar los límites dentro de los cuales puede moverse libremente el legislador al convertir en ley sus opciones políticas, plasmar sus preferencias ideológicas y sus juicios de oportunidad, no correspondiendo a aquél evaluar la conveniencia, calidad o perfectibilidad de una determinada opción legislativa, o de su relación con otras alternativas posibles.

Y sobre dicha función de control limitada vuelve más adelante el Tribunal cuando señala que «compete a este tribunal controlar la conformidad con la Constitución de la concreta opción adoptada por el legislador al regular la eutanasia activa directa». Y «debido al especifico encuadramiento constitucional de esta materia, tal operación ha de realizarse, por lo que a la tutela de la vida se refiere, a través de un examen de proporcionalidad entendido no en el sentido clásico de prohibición del exceso», «sino en su manifestación como prohibición del defecto, esto es, como prescripción de la inexistente o insuficiente protección. Tal déficit existiría si el legislador no hubiese adoptado medida de protección alguna, si las medidas adoptadas fuesen manifiestamente inadecuadas para alcanzar el objetivo de protección requerido o si no fuesen suficientes para proporcionar el nivel de protección exigido por la Constitución». Al Tribunal no le corresponde, pues, «analizar si pudieran existir otros sistemas más eficaces de protección de la vida (que, por lo demás, incidirían de forma mayor en el derecho fundamental a la autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos, incidencia que sí habría de medirse a la luz del principio de proporcionalidad entendido como prohibición del exceso), sino solo dilucidar si el sistema previsto en la LORE cumple con unos mínimos de protección razonables».

A continuación, el Tribunal conecta tal fórmula de control moderado, casi limitada a fijar fundamentalmente los límites, con la exigencia de una interpretación acorde con la evolución cultural, moral y jurídica de la socie-

dad española y del entorno. Y ello, resulta paradójico, porque un Tribunal que hace una suerte de auto de fe de la self-restraint, recurre a continuación a uno de los instrumentos clásicos del *judicial activism*.

Así pues, el Tribunal parte de un doble criterio para la interpretación de la norma en cuanto a su ajuste o no a la Constitución: el del carácter abierto de la propia Constitución, susceptible, pues, de varias interpretaciones, y la necesaria atención a la evolución social tanto en España como en su entorno. La conjunción de ambos criterios hermenéuticos determina que debe partirse de la premisa de que el legislador goza de un amplio poder regulatorio que, a los efectos de determinar si ha traspasado los límites que fija el marco constitucional, debe valorarse en qué medida tal opción normativa responde a una interpretación conforme con la posición de la mayoría de la sociedad. El Tribunal, pues, rechaza un criterio interpretativo sustancialmente originalista, basado en la presunta voluntad de los padres constituyentes, expresada en los trabajos parlamentarios de elaboración del texto constitucional.

El criterio originalista fue ya abandonado por el Tribunal desde sus propios inicios. Valga, por todas, aunque más próxima en el tiempo, la conocida Sentencia 148/2021 sobre el estado de alarma decretado al inicio de la pandemia de la Covid-19, en la que se declara, literalmente, que, conforme a la condición de intérprete supremo de la Constitución que le atribuye el artículo 1 de su Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, al Tribunal le compete dotar a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta [68].

Sin embargo, en dicha resolución, dictada menos de dos años antes de la Sentencia sobre la eutanasia, se recordaba que, si bien la necesidad de una interpretación evolutiva de la norma fundamental exigía acomodar la misma a las realidades de la vida, como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, no bastando una interpretación originalista de los textos jurídicos, ello no puede significar otorgar fuerza normativa directa a lo fáctico. Y la pregunta es, entonces, ¿ha abandonado ahora el Tribunal un criterio interpretativo integrador del texto constitucional, de manera que la interpretación concreta de un precepto guarde coherencia con el resto del articulado? La respuesta sería, en principio, no, porque se manifiesta en la

68. Sobre el estado de alarma y su constitucionalidad, *vid.* ÁLVAREZ VÉLEZ, María Isabel, «Alarma y pandemia: problemática jurídicoconstitucional de los estados de necesidad a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 111, segundo semestre, año 2021, pp. 547 a 574.

Sentencia que el Tribunal está obligado a interpretar los derechos, principios y valores concernidos tomando en consideración el principio de unidad de la Constitución, criterio hermeneútico que manifiesta la relación e interdependencia de los distintos elementos del texto constitucional y que exige interpretarlo como un todo armónico.

De este modo, puede afirmarse que la interpretación puramente sociológica, otorgando fuerza normativa a una realidad social no constituye, en palabras del Tribunal, el criterio único o preferente, sino un criterio cualificado junto al criterio integrador o de coherencia del texto constitucional. El criterio sociológico cobra, nuevamente, relevancia, como ocurriera en el caso del análisis constitucional de la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo, pero no se convierte en un criterio excluyente de otros, como el sistemático.

Tal recurso al criterio sociológico se apoya, como ya hemos anticipado antes, en la invocación de la doctrina constitucional foránea del *árbol vivo*, como se hiciera igualmente en el precitado caso del matrimonio entre personas del mismo sexo, aunque en ésta el objeto de discusión no fue, en sí, un derecho, como ocurre en el caso de la Sentencia de la eutanasia, sino en una institución, el matrimonio, y la correspondiente garantía institucional que exige la preservación por el legislador y por el propio Tribunal Constitucional de unos mínimos rasgos o características que no desnaturalicen dicha institución. En el caso de la Sentencia sobre la eutanasia se evalúa el presunto parecer de la sociedad sobre la despenalización de la eutanasia, es decir, sobre el significado contemporáneo del derecho a la vida.

Los términos en los que se expresa la Sentencia de la eutanasia son los siguientes: «la interpretación de la Constitución ha de atender al concreto contexto histórico en que se realiza. El Tribunal ha señalado al respecto, con apoyo en la sentencia del Tribunal Supremo de Canadá de 9 de diciembre de 2004 que retoma la expresión de la sentencia *Privy Council, Edwards c. Attorney General for Canada* de 1930, que nuestro examen ha de partir del dato de que la Constitución es un "árbol vivo" [...] que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no solo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe

dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta (STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 9). Desde esta perspectiva ha de tenerse en cuenta que, por más que esta sea la primera vez que el Tribunal se ve llamado a abordar el problema de la eutanasia, no es en sí una cuestión nueva, porque constituye un dilema universal».

Por tanto, el Tribunal Constitucional recurre, como ya hiciera en la Sentencia sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo, a la doctrina del *árbol vivo*, tratando, de este modo, de argumentar que la Constitución no debe interpretarse de acuerdo con su tenor literal o conforme a la voluntad de los *padres redactores* del texto, sino como un texto abierto, vivo, que acompaña en su interpretación a la evolución que sobre determinadas instituciones o cuestiones objeto de debate se observe en la sociedad española.

El mismo argumento sigue en la Sentencia sobre el aborto, la 44/2023: «En el desarrollo de su labor de control el Tribunal debe interpretar la Constitución atendiendo al concreto contexto histórico». Como sostuvimos en la STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 9, con base en la sentencia del Tribunal Supremo de Canadá de 9 de diciembre de 2004 que retoma la expresión de la sentencia *Privy Council, Edwards c. Attorney General for Canada* de 1930, «la Constitución es un "árbol vivo" [...] que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no solo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta».

Y añade, a continuación: «Siguiendo esta pauta hermenéutica, este tribunal ha tomado particularmente en consideración la necesidad de mantener una conexión entre los juicios de constitucionalidad que viene llamado a realizar y la realidad social sobre la que habrán de incidir tales juicios en pronunciamientos sobre materias tan diversas como la protección de los derechos fundamentales frente al ruido ambiental que puede surgir de la sociedad tecnológica (STC 119/2001, de 24 de mayo), la lucha contra la violencia de género (STC 59/2008, de 14 de mayo), el matrimonio entre personas del mismo sexo (STC 198/2012, de 6 de noviembre), la discrimi-

nación por razón de sexo (SSTC 233/2007, de 5 de noviembre; 108/2019, de 30 de septiembre, y 153/2021, de 13 de septiembre), o el impacto de las redes sociales en la ponderación entre el derecho al honor y la intimidad personal y las libertades de expresión e información (STC 8/2022, de 27 de enero)».

Quizás el Tribunal haya considerado que la mera mención a su anterior Sentencia 198/2012, permite entender que la doctrina ahí expresada es de aplicación al caso concreto de la eutanasia y del aborto, lo que presenta la objeción de que, si bien, en éstas se evalúa la evolución de un derecho, el de la protección de la vida proclamado en el artículo 15 CE, en la anterior resolución de lo que se habla, *iure sensu*, es de una institución, el matrimonio, y, aunque los conceptos de contenido esencial y garantía institucional incorporan elementos similares, no son idénticos.

Sin embargo, resulta interesante comprobar con la lectura de la resolución constitucional que la mención a dicha doctrina se haga de manera, casi incidental, no nuclear, a diferencia de lo que se plasma en el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo. La parquedad en el recurso a la doctrina del árbol vivo contrasta con la amplia argumentación con la que se acoge la misma en el caso del matrimonio homosexual. En ésta, tal recurso interpretativo de la doctrina del árbol vivo cobró muy especial relevancia, afirmándose que «esa lectura evolutiva de la Constitución, que se proyecta en especial a la categoría de la garantía institucional, nos lleva a desarrollar la noción de cultura jurídica, que hace pensar en el Derecho como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla», de manera que «la cultura jurídica no se construye sólo desde la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos, sino que también contribuyen a su configuración la observación de la realidad social jurídicamente relevante», aunque reconociendo que ello no significa «otorgar fuerza normativa directa a lo fáctico». Y tal «camino de entrada de parte de estos elementos conformadores de la cultura jurídica, que por lo demás se alimentan e influyen mutuamente, viene dado por el recurso a un principio fundamental de la interpretación de la Constitución, que es el dispuesto en el art. 10.2 CE».

Y para el Tribunal del matrimonio homosexual, «la interpretación evolutiva... facilita la respuesta a la cuestión de si el matrimonio, tal y como resulta de la regulación impugnada, sigue siendo reconocible en el contexto sociojurídico actual como tal matrimonio. Tras las reformas introducidas en el Código civil por la Ley 13/2005, de 1 de julio, la institución matrimonial se mantiene en términos perfectamente reconocibles para la imagen que, tras una evidente evolución, tenemos en la sociedad española actual del matrimonio, como comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad

de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento. Así, la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con la persona de la propia elección y la manifestación de esa voluntad son las notas esenciales del matrimonio, presentes ya en el Código civil antes de la reforma del año 2005, y que siguen reconociéndose en la nueva institución diseñada por el legislador».

Para el Tribunal, no se «puede permanecer ajeno a la realidad social y hoy existen datos cuantitativos contenidos en estadísticas oficiales, que confirman que en España existe una amplia aceptación social del matrimonio entre parejas del mismo sexo, al tiempo que estas parejas han ejercitado su derecho a contraer matrimonio desde el año 2005», lo que viene corroborado «en diversas encuestas. En el barómetro de junio de 2004 (estudio núm. 2.568) se refleja que el 66,2 por 100 de los encuestados creía que las parejas homosexuales debían tener derecho a contraer matrimonio, mientras que en el estudio relativo a "opiniones y actitudes sobre la familia" (núm. 2578) realizado durante los meses de octubre y noviembre de 2004, se recoge que el 56,9 por 100 de los encuestados estaban a favor de permitir el matrimonio civil para las parejas del mismo sexo», situándose, además, España entre los países en los que hay mayor aceptación «(56 por 100), lo que supone un acercamiento de la opinión pública, en este punto, a países del norte de Europa y un apartamiento, tal y como observa la propia Comisión Europea, de la tendencia de los países del sur y el este del continente, mayoritariamente situados por debajo de la media europea en nivel de aceptación».

Y concluye el Tribunal que «la Ley 13/2005, dentro del amplio margen concedido por el art. 32 CE tal y como ha sido interpretado hasta aquí, desarrolla la institución del matrimonio conforme a nuestra cultura jurídica, sin hacerla en absoluto irreconocible para la imagen que de la institución se tiene en la sociedad española contemporánea».

Las razones que provocan dicho cambio no son otras que la evolución social de las relaciones afectivas y, por tanto, de la propia institución del matrimonio, dando entrada de este modo a la interpretación, no ya del derecho subjetivo de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio, sino de la propia garantía institucional que la Constitución recoge en el artículo 32 respecto del matrimonio. La Sentencia 198/2012 acude, a los efectos de interpretar el citado artículo 32, a dicha doctrina canadiense.

A través de una interpretación evolutiva, la Constitución se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no sólo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta.

Esta extensa argumentación a favor del derecho a que las personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio basado en el carácter abierto del texto constitucional, como un verdadero árbol vivo que queda vinculado a la realidad en que se desarrolla y que, por tanto, debe atender a los cambios que se producen en la sociedad no la encontramos en la Sentencia sobre la eutanasia, siendo, por tanto, la referencia a la cultura jurídica que determinaría una apertura del texto constitucional, un mero fundamento a mayor abundamiento y no principal. Y ello no obedece a que el árbol vivo ocupe un espacio menos relevante en la argumentación del Tribunal cuando de la eutanasia se trata. Todo lo contrario, tal doctrina ocupa un papel también estelar en esta. Es el argumento principal para proclamar que cabe proclamar un derecho a la muerte o un contenido negativo del derecho a la vida.

Podría argumentarse, para justificar este contraste entre el recurso excelso al árbol vivo en el matrimonio homosexual frente al parco en la eutanasia y al aborto, a que la propia doctrina del árbol vivo se ha visto sustancialmente alterada por la reciente Sentencia de la Corte Constitucional de los Estados Unidos de América en el caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization et al*, de 24 de junio de 2022, en virtud de la cual, se revocaba jurisprudencialmente la doctrina contenida, entre otras, en *Roe v. Wade* que se abría a una interpretación viva del texto constitucional en lo que se refiere al derecho a la vida (véase, en dicho caso, inicio de la vida, aborto). Sin embargo, tal argumento se muestra bastante endeble si atendemos, como ya hemos explicado con detalle antes, a que el Tribunal, ni en 2012 ni ahora en 2023, ha acudido a la versión norteamericana del *living constitution*, con la que aparece acabar recientemente la citada Corte Suprema norteamericana, sino a la versión canadiense del árbol vivo.

El recurso por parte de nuestro Tribunal Constitucional a la doctrina canadiense y no a la norteamericana no es algo extraño en el Derecho comparado. Barack nos recuerda que, si bien los juristas extranjeros ven los

acontecimientos en los Estados Unidos como una fuente de inspiración, debido al profundo aprecio por los impresionantes logros del derecho constitucional de los Estados Unidos y de su Corte Suprema en particular, ésta está perdiendo el papel central que alguna vez tuvo entre los tribunales en las democracias modernas[69]. Por el contrario, continuando con las palabras de Barak, la Corte Suprema canadiense es ahora una fuente de inspiración para muchos países alrededor del mundo, y ello por su uso recurrente del Derecho comparado[70] y por apartarse de una interpretación meramente literal u originalista del texto y optar por una interpretación intencional[71].

Las razones en nuestro caso son, probablemente, otras. En primer lugar, la doctrina del árbol vivo reviste cierta relevancia en lo que se refiere al debate constitucional sobre el derecho a contraer matrimonio por parte de las personas del mismo sexo, ya que, precisamente, el Tribunal canadiense recurrió en su Sentencia de 9 de diciembre de 2004 (*Reference Re Same-Sex Marriage*) a dicha doctrina para proclamar la constitucionalidad del matrimonio entre parejas del mismo sexo. En palabras de dicho Tribunal que reproduce nuestra Abogacía del Estado en 2012, la Constitución es un árbol vivo que a través de una interpretación evolutiva se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad.

Sin embargo, la doctrina del árbol vivo no es mencionada en el caso canadiense sobre la constitucionalidad del auxilio al suicidio ni tampoco en relación al aborto, *R v Morgentaler*, 1988. En *Carter v. Canada*, 2015, el Tribunal declaró que la prohibición penal del auxilio al suicidio provoca, de facto, una desprotección del derecho a la vida, dado que las personas que sufren una enfermedad grave e irreversible solamente tienen dos opciones, bien quitarse la vida prematuramente por medios violentos, o bien sufrir hasta la que la muerte llegue naturalmente[72]. En *Morgentaler*, el Tribunal no proclamó ninguna suerte de derecho al aborto, sino que consideró que la norma penal era excesivamente restrictiva y que primaba la protección del que va a nacer frente a la mujer, incluso en los casos que existía un riesgo para la salud de ésta. Para la mayoría del Tribunal, la regulación del Código

69. BARAK, Aharon, «A Judge on judging: the role of a Supreme Court in a democracy», *Harvard Law Review*, vol. CXVI, año 2002, p. 27.
70. *Ibidem*, p. 114.
71. *Ibidem*, pp. 72 y 73.
72. Sobre esta resolución canadiense, véase, PRESNO LINERA, Miguel Angel, «La eutanasia como derecho fundamental», *Teoría y Derecho*, núm. 29, año 2021, pp. 24 a 45; SÁNCHEZ BARROSO, Borja, «La eutanasia y el suicidio asistido en Canadá», en DE LA TORRE, Javier y MARCOS, Ana María, *Y de nuevo la eutanasia. Una mirada nacional e internacional*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 133 a 149.

Penal sobre el aborto violaba el derecho de la mujer a «la vida, la libertad y la seguridad de la persona» garantizado por la Sección 7 de la Carta de Derechos. El presidente del Tribunal Supremo, Brian Dickson, escribió: «Obligar a una mujer, mediante la amenaza de una sanción penal, a llevar a término el embarazo a menos que cumpla ciertos criterios no relacionados con sus propias prioridades y aspiraciones, es una profunda interferencia con el cuerpo de una mujer y, por lo tanto, una violación de su seguridad personal». El fallo no se basó, en definitiva, en la presunta existencia de un derecho al aborto, sino en que el sistema que regulaba el acceso al aborto tenía tantas barreras y funcionaba tan mal que era manifiestamente injusto.

Así pues, si bien el recurso al árbol vivo en el matrimonio homosexual permitía, por ende, invocar un caso de Derecho comparado en el que ya se había enjuiciado su constitucionalidad, ni con la eutanasia ni con el aborto ocurría lo mismo, ya que el Tribunal canadiense no proclama una suerte de derecho a que la persona pueda exigir del Estado que acabe con su vida en un contexto de enfermedad y grave sufrimiento amparado en una interpretación viva del texto constitucional, sino que denunciaba la falta de congruencia y reprochabilidad de la prohibición legal del auxilio al suicidio que ni siquiera cumplía con los fines de protección del derecho a la vida. Tampoco había proclamado, como acabamos de ver, un derecho de la mujer al aborto.

En segundo lugar, las razones de esta parquedad en la Sentencia de la eutanasia responden, creemos, a que en la Sentencia sobre el matrimonio homosexual el Tribunal se enfrentaba a la no fácil tarea de contradecir lo ya dicho anteriormente en su doctrina. Así es, el propio Tribunal había declarado, unos años antes, lo contrario a lo que viene a disponer en 2012, especialmente, en su Sentencia 222/1994. En ésta, el recurso versaba sobre la presunta vulneración del derecho a la igualdad del recurrente al negársele el derecho a percibir pensión de viudedad e indemnización por el fallecimiento en accidente de su pareja homosexual, por no concurrir el matrimonio previo que constituye un requisito legal para obtener la prestación. Señalaba entonces el Tribunal, en relación al matrimonio, que la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario, al matrimonio entre hombre y mujer que es un derecho constitucional que genera por lo previsto en la ley una pluralidad de derechos y deberes. Y similar doctrina se había recogido antes en la anterior Sentencia 184/1990, en la que se señaló que de la Constitución no se deriva necesariamente una paridad de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes de las uniones matrimoniales y no matrimoniales, no siendo necesariamente incompatibles con la Constitución aquellas medidas de los poderes públicos

que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades de convivencia, ni aquellas otras medidas que faciliten o favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio. Ello, pues, exigía al Pleno argumentar, a través de la doctrina del *árbol vivo*, un cambio social en la interpretación del matrimonio como institución garantizada constitucionalmente.

En el caso de la eutanasia, el Tribunal no se ha enfrentado a su propia doctrina anterior sobre la materia, ya que nunca se ha pronunciado directamente sobre el contenido negativo del derecho a la vida proclamado en el artículo 15 CE, aunque sí lo haya hecho a través de los casos que ha abordado sobre el rechazo al tratamiento médico, en un sentido más próximo al *obiter dicta* que al *ratio decidendi*. No existían precedentes en nuestra doctrina constitucional, más allá del Auto 242/1998, por el que se deniega a los herederos de Ramón Sampedro la legitimación para continuar con el recurso de amparo interpuesto contra decisión judicial que no autorizaba al médico a aplicar un tratamiento que permitiera una muerte digna, una vez fallecido el recurrente en amparo[73], y de algunas resoluciones sobre la voluntariedad del tratamiento médico (SSTC 120/1990, 154/2002 o 37/2011, especialmente). En todo caso, en éstas sí que es verdad que el Tribunal vino a descartar cualquier interpretación del derecho a la vida en un sentido negativo, siendo sus términos suficientemente elocuentes y concluyentes en relación con la proclamación de un derecho a la muerte: el derecho a la vida posee «un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte» y «en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho».

73. También, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos inadmitió la demanda presentada en relación con dicho Auto en Sanles Sanles c. España, 26 de octubre de 2000, ya que la demandante no había sido directamente afectada por las presuntas infracciones del Convenio que se invocaban y que, por lo tanto, no podía pretender ser víctima de esas violaciones. Ya antes, el mismo Tribunal Europeo había rechazado el recurso planteado por el propio Ramón Sampedro, en Ramón Sampedro c. España, de 17 de mayo de 1995, sobre la base de que el demandante no había agotado en la instancia nacional, antes de acudir a Estrasburgo, los recursos que le correspondían de conformidad con la legislación española, incumpliéndose lo dispuesto en el artículo 26 del Convenio Europeo, acordándose la inadmisión de conformidad con el artículo 27.3 del mismo Convenio.

Sin embargo, en el aborto, tal necesidad de apartarse de su doctrina anterior contenida sustancialmente en la Sentencia 53/1985 es más evidente, porque con la doctrina contenida en esta era harto difícil, incluso, imposible, salvar la tacha de inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 2/2010, en la medida que, alterando un sistema de indicaciones por un sistema de plazos, dejaba absolutamente desprotegido al feto durante las primeras catorce semanas de gestación.

Sin embargo, la también poco explicable parquedad del Tribunal Constitucional en la Sentencia sobre el aborto, cuando al igual que con el matrimonio entre personas del mismo sexo, necesita salvar el precedente doctrinal que supone la Sentencia 53/1985, encuentra su razón de ser unos párrafos más adelante en la misma resolución. Así, tras manifestar el Tribunal que es necesario adaptar el texto a «una profunda evolución» acerca de la consideración jurídica de la interrupción voluntaria del embarazo, confirma que mantiene la doctrina de la concepción gradualista de la vida recogida en aquélla, es decir, un sistema de tutela gradual de la vida del *nasciturus* o, más propiamente, de limitación gradual de los derechos constitucionales de la mujer en aras de proteger la vida prenatal, que toma particularmente en consideración, en palabras de la STC 53/1985, FJ 5, «los cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital» que «encuentran un reflejo en el estatus jurídico del sujeto vital».

Es decir, el Tribunal, por un lado, nos dice que el contexto del aborto ha cambiado, por lo que la doctrina del Tribunal no debe atender tanto lo ya dicho en la Sentencia 53/1985, pero, por el otro, alinea su decisión con lo dicho casi cuarenta años atrás, pese a que el que va a nacer queda sujeto en cuando a su desarrollo por la libre decisión de la madre.

En definitiva, como podemos ver, el recurso a la doctrina del árbol vivo carece de una coherencia desde la perspectiva de los antecedentes jurisprudenciales o del *stare decisis*. Se trata, más bien, de un mero recurso formal para permitir que el Tribunal Constitucional se salga de las cuatro esquinas de la propia Constitución y de las cuatro de su propia jurisprudencia sin necesidad de tener que exponer mayores razones que la mera cita a tal doctrina foránea. Nos encontramos, pues, ante una suerte de argumento a utilizar cuando no se dispone de verdadero final congruente, como mera estrategia interpretativa que le permite al Tribunal avanzar hacia donde ideológicamente quiere sin necesidad de esgrimir mayores argumentos para ello. Y, como vamos a ver a continuación, no es solo que tal recurso a dicha doctrina se haga de manera poco sistemática, sino que, además, el Tribunal Constitucional ha desarrollado una interpretación *sui generis* del propio árbol vivo, es decir, que el árbol de nuestro intérprete no es el canadiense.

4. LA NUEVA E INSÓLITA *LIVING CONSTITUTION* PATRIA: LA EVOLUCIÓN NORMATIVA COMO ARGUMENTO

Otra diferencia sustancial que puede observarse entre el recurso a la doctrina del árbol vivo en la Sentencia sobre el matrimonio homosexual y en las de la eutanasia y aborto la encontramos en el hecho de que el Tribunal no recurre en estas últimas a los datos sociológicos, a través de encuestas o estadísticas, como ya hemos visto que hizo en 2012. La proclamación del derecho a la eutanasia y del derecho al aborto no se vendrá a fundamentar ahora en una evolución del parecer de la sociedad española sobre este viejo debate del bien morir, sino en la evolución del propio ordenamiento jurídico. La mención a una presunta demanda social que vendría ahora a exigir una forma distinta de interpretar el derecho a la vida proclamado en el artículo 15 CE no aparece en el texto de las Sentencias. Las encuestas o estudios de opinión desaparecen en el argumentario del Tribunal. Ya no importa lo que diga u opine el pueblo, sino lo que expresen, normativamente, sus representantes. Una suerte de oxímoron constitucional, en virtud del cual, el texto constitucional vuelve a caer en manos de la opinión de la mayoría parlamentaria. La Constitución limita la labor legisladora, a salvo de que esta muestre una orientación distinta a la propia Constitución. Una Constitución más muerta, *ope legis*, que viva.

El Tribunal traslada, parcamente, la doctrina del árbol vivo al debate relativo a la constitucionalidad de la proclamación de un derecho a la ayuda para morir y de un derecho de la mujer al aborto, concluyendo que tienen pleno encaje constitucional, en cuanto que conectan con una evolución normativa favorable a su reconocimiento, tanto en el ordenamiento jurídico español como en el de los países de nuestro entorno, véase, principalmente, en el marco del Consejo de Europa.

Pese a la cita del árbol vivo, el Tribunal recurre a un criterio de interpretación de los cambios en la evolución del parecer sobre el debate de despenalización de la eutanasia fundamentado, no en encuestas o estudios de opinión pública, es decir, en un criterio más puramente sociológico o estadístico, sino en uno esencialmente normativo, a través del análisis de la evolución que los presuntos derecho a la muerte y al aborto han tenido en estos últimos años, a través de unos cambios trascendentes que el Tribunal dice observar en el propio legislador democrático y no tanto en la sociedad.

Tales cambios normativos los observa también el Tribunal del matrimonio homosexual, pero en el marco del Derecho comparado y no del Derecho interno. En ésta, como ya hemos comentado antes, se reiteran las

menciones a la realidad social y los datos cuantitativos contenidos en estadísticas oficiales.

El Tribunal, haciendo omisión de la mención a la opinión pública, recurre a la presunta evolución del propio legislador, destacando lo que denomina tres importantes «hitos» en el plano legislativo nacional que informarían, presuntamente, a favor de una interpretación en pro del reconocimiento constitucional del derecho a la ayuda a morir:

En primer lugar, la reforma del Código penal en 1995, que, en palabras del Tribunal, supuso un cambio notable en el tratamiento de la disponibilidad de la propia vida, al castigar exclusivamente, y como tipo atenuado en su art. 143.4, la conducta del que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por su petición expresa, seria e inequívoca, en el caso de que sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar.

Además, se despenalizaban otras conductas, como la interrupción de tratamientos destinados a mantener la vida (así, la retirada de medidas de soporte vital) y la aplicación de tratamientos paliativos que aceleraban el proceso de la muerte (como la sedación terminal). Lo que permitió, en palabras del Tribunal, comenzar a hablar en nuestro sistema de muerte digna y de un espacio de libre decisión de la persona en el proceso de conclusión de la vida.

Este cambio de la normativa penal no informa necesariamente a favor de la proclamación de un nuevo derecho, sino de, quizás, un tratamiento aún más benevolente del tipo penal que aborda la eutanasia o, incluso, de la aprobación de una eximente absoluta por la no exigibilidad de una conducta distinta en determinados casos concretos. Por ello, el Tribunal completa este «hito» con otros más. En todo caso, no es óbice recordar que lo que el artículo 143.4 del Código Penal, en su redacción previa a la Ley Orgánica 3/2021, recogía un tipo muy privilegiado que venía a traducirse en una pena de seis meses como mínimo a seis años menos un día, como máximo (el delito de homicidio, por ejemplo, que se castiga en el anterior articulo 138 CP con una pena de diez a quince años e, incluso, superior en grado cuando concurra en su comisión que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad, que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima, que se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal o cuando los hechos sean además constitutivos de un delito de atentado del artículo 550).

Por ello, un sector de la doctrina vino manteniendo que el citado artículo 143.4 del Código Penal lo que realmente prohibía era, no tanto la eutanasia o auxilio medico al suicidio como acto singular e individual, sino la repetición del acto, es decir, la eutanasia y/o auxilio al suicidio institucionalizados. Ello operaría, sustancialmente, como expresión simbólica de que nuestro ordenamiento constitucional protege la vida como valor esencial, es decir, prohíbe con carácter general matar, pero también se muestra compasiva con determinados casos muy singulares. La prohibición penal reviste un intenso significado simbólico, reflejando la gravedad con la que se mira la decisión de quitarse la vida o de privarla a otro y la renuencia a aceptar o promover tales decisiones. La despenalización supondría un cambio de actitudes ante estas conductas y el sentido de precaución y gravedad actual se irían perdiendo naturalmente entre la ciudadanía y la profesión sanitaria[74].

Como expresara el Comité de Bioética de España en 2020, en relación con la regulación penal de la eutanasia contenida en el Código Penal previo a la Ley Orgánica 3/2021, no es que el ordenamiento jurídico tenga despenalizado *de facto* tales actos, sino que atiende al contexto concreto en el que se han llevado a cabo. Es decir, el ordenamiento jurídico cumpliría con la doble función de proteger la vida, como valor esencial de una comunidad política, y de atender con compasión y prudencia los pocos casos singulares que se plantean en la realidad[75].

Un segundo hito proclive al reconocimiento del derecho a la eutanasia lo encuentra el Tribunal Constitucional en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, posterior al Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina

74. REY MARTÍNEZ, Fernando, *Eutanasia y derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2008, p. 180. En palabras del del Comité Consultivo Nacional de Ética sobre la salud y las ciencias de la vida de Francia (Comité Consultatif National d Ethique) en su Opinión núm.. 122, sobre el final de la vida, la autonomía personal y el deseo de morir, de 30 de junio de 2013, la prohibición de matar que se expresa en la prohibición de la eutanasia y/o auxilio al suicidio constituye un componente de la confianza que cada uno de nosotros puede depositar en la sociedad y, por lo tanto, es muy importante para nuestra fe colectiva en la sociedad.

75. Comité de Bioética de España, *Informe sobre el final de la vida y la atención en el proceso de morir, en el marco del debate sobre la regulación de la eutanasia: propuestas para la reflexión y la deliberación*, 6 de octubre de 2020, p. 11. Puede accederse a dicho Informe a través del siguiente enlace: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20CBE%20final%20vida%20y%20la%20atencion%20en%20el%20proceso%20de%20morir.pdf

(Convenio de Oviedo, de 4 de abril de 1997, ratificado por España el 23 de julio de 1999). Estas normas vinieron a instaurar, en palabras del Tribunal, un nuevo modelo en la relación entre médico y paciente que descansaba sobre la autonomía de la persona y su facultad de autodeterminación, al declararse nuevos derechos los de «decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles» y «negarse al tratamiento». La capacidad del paciente para decidir sobre medidas terapéuticas y tratamientos no se condicionaba por el riesgo que pudiera representar para su integridad y su salud, aunque llegara a comprometer la vida e implicara su fallecimiento, lo que suponía el reconocimiento legal de un derecho de autodeterminación sobre la salud y el cuerpo, anclado por nuestra doctrina en el derecho fundamental a la integridad física y moral del art. 15 CE.

Para el Tribunal, dicha proclamación del derecho a rechazar el tratamiento médico opera como una suerte de aval (sic!) que excluye la pretendida protección irrestricta de la vida no solo en términos lógicos, sino también en términos de delimitación del derecho fundamental, y que supone la admisión de una cierta disponibilidad de la vida vinculada a la autonomía de la persona.

El tercer hito deriva de la legislación autonómica. Varios estatutos de autonomía, a partir del de Cataluña de 2006, han incluido derechos relacionados con el proceso de la muerte. Este, en su art. 20 señala que «[t]odas las personas tienen derecho a recibir un adecuado tratamiento del dolor y cuidados paliativos integrales y a vivir con dignidad el proceso de su muerte». En el mismo sentido pueden citarse los de Baleares, Andalucía, Canarias o Castilla y León. En esta línea de regulación de la libre decisión de la persona sobre su salud y sobre aspectos vinculados con el final de la vida, diferentes parlamentos autonómicos han aprobado leyes de «muerte digna». La primera fue la Ley del Parlamento de Andalucía 2/2010, de 8 de abril, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte; y, posteriormente, Aragón, Navarra, Canarias, Baleares, Galicia, País Vasco, Madrid y otras comunidades autónomas han establecido también marcos regulatorios sobre la materia.

Esta evolución legislativa se ha visto acompañada por el desarrollo de la doctrina constitucional sobre el derecho fundamental a la integridad física y moral, contemplado junto con el derecho a la vida en el art. 15 CE, que lo caracteriza como un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal (STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9). Nuestra jurisprudencia, dicho ahora muy sintéticamente, sitúa como elemento definitorio de la intromisión en el derecho la ausencia de consentimiento

del titular respecto de cualquier intervención (por todas, SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8, y 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 2), aun teniendo una finalidad curativa (SSTC 48/1996, de 25 de marzo, FJ 3, y 154/2002, de 18 de julio, FJ 9), hasta el punto de amparar como ejercicio del derecho a la integridad personal del paciente el rechazo de tratamientos médicos que pueda conducir a un resultado fatal (STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 5).

Esta argumentación del Tribunal, sustancial en este caso concreto para justificar la evolución de la regulación jurídica de la voluntariedad del tratamiento y del propio proceso de morir, sin dejar de ser sugerente, constituye, en nuestra opinión, el principal error en que se incurre en pos de justificar el encaje constitucional del derecho a la eutanasia en nuestro ordenamiento constitucional. Y decimos que se trata de un error argumentativo, incluso, de bulto, porque parte de la confusión entre el rechazo del tratamiento médico y la petición de que un tercero acabe con la vida del paciente, contradiciendo, sin exponer las razones que lo justifican, su propia doctrina contenida, entre otras, en la ya citada Sentencia 37/2011.

El propio Tribunal en la doctrina asentada con ocasión del rechazo al tratamiento médico establece que la única manera de salvar la aparente contradicción que se produce entre el reconocimiento de la facultad del paciente de rechazar el tratamiento, como expresión de su *agere licere*, poniendo en riesgo su propia vida, con la declaración de que el derecho a la vida no tiene contenido negativo radica en que el fundamento de aquél viene constituido por el derecho a la integridad corporal. El paciente rechaza la injerencia en su cuerpo que supone el tratamiento. Y por ello, el Tribunal Constitucional afirma que el derecho a la vida no tiene contenido negativo, pese a que los sujetos puedan poner en riesgo su vida a través del rechazo al tratamiento. No hay contradicción en sus conclusiones, nos dice el Tribunal, sino el error de considerar que el mismo fundamenta el derecho a rechazar el tratamiento en la autonomía de voluntad y no en la integridad corporal que se consagra en el artículo 15 de la Constitución.

La propia Ley 41/2002 que desarrolla los derechos de los pacientes y, concretamente, el derecho fundamental a la integridad en el ámbito de la relación médico y paciente dispone en su artículo 2 que el paciente tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles, teniendo derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Así pues, se consagra un deber de omisión sobre el médico, pero, en modo alguno, un deber de acción, por lo que deducir de la doctrina del consentimiento informado una suerte de fundamento a favor de la proclamación del contenido negativo del derecho a la vida supone una evidente contradicción o confusión sobre

el contenido del artículo 15 CE y la presencia en el mismo de dos derechos autónomos.

El derecho a rechazar tratamientos médicos que forma parte del *agere licere* al que se refiere el Tribunal Constitucional se hace radicar no en la autonomiza sin más, sino que se considera parte de un derecho más amplio a vetar cualquier intromisión no deseada sobre el propio cuerpo. De este modo, el derecho a la integridad física o corporal sí estaría siendo lesionado siempre que a un sujeto se le impusiera un tratamiento médico no deseado. Si el Tribunal en 2011 hubiera considerado que la garantía del consentimiento informado se asienta exclusivamente en la autonomía de voluntad del sujeto, en una suerte de libertad autodeterminada como ahora proclama el Tribunal, difícilmente hubiera mantenido que los supuestos de rechazo del tratamiento médico con riesgo para la vida del paciente merecieran un trato distinto de la petición voluntaria de muerte. Si el paciente puede rechazar el tratamiento como expresión de su libertad, sería harto discutible que la misma libertad no le permita terminar con su vida, buscando el auxilio de un tercero. Pero este no es el fundamento de la Sentencia 37/2011. Antes, al contrario. En dicha resolución se dice que debe descartarse «que el problema pueda tener su encuadre en el art. 17.1 CE» y «el análisis ha de quedar ceñido a si la intervención llevada a cabo sobre el demandante de amparo sin informarle previamente de sus riesgos y posibles consecuencias ha supuesto o no una lesión de su derecho a la integridad física y moral, derecho amparado de forma autónoma en el art. 15 CE y que adquiere de esta forma una sustantividad propia».

Y añade, a continuación, que este «derecho fundamental [integridad física o moral] conlleva una facultad negativa, que implica la imposición de un deber de abstención de actuaciones médicas salvo que se encuentren constitucionalmente justificadas, y, asimismo, una facultad de oposición a la asistencia médica, en ejercicio de un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal, como distinto del derecho a la salud o a la vida (STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9). Por esa razón, hemos afirmado que el derecho a la integridad física y moral resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir determinada por los más variados móviles y no sólo por el de morir y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental a la integridad física, a no ser que, como hemos señalado, tenga una justificación constitucional (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8, y 137/1990, de 19 de julio, FJ 6)». Y esta «garantía de la efectividad del derecho en el ámbito médico implica que cualquier actuación que afecte a la integridad personal, para resultar acorde con dicho derecho, según la delimitación que antes efectuamos del mismo,

se ha de encontrar consentida por el sujeto titular del derecho o debe encontrarse constitucionalmente justificada».

Por otro lado, la exigencia de la garantía del consentimiento informado que contiene la propia Ley Orgánica 3/2021 (véanse, artículos 3 a), 5.1 e), 8.2) no permite efectuar la conexión que el Tribunal hace entre proclamación del derecho a rechazar el tratamiento médico como expresión del derecho fundamental a la integridad con el derecho a la eutanasia como expresión negativa del derecho a la vida. El consentimiento opera en ambos casos, pero como garantía de diferentes derechos.

El rechazo del tratamiento por parte del paciente no constituye una manifestación de su deseo de morir, sino de que no acepta la intromisión en su integridad, aunque la consecuencia de ello pueda ser la propia muerte. El individuo puede desplegar aquellas conductas que impliquen, en virtud de su *agere licere*, dejar discurrir a la naturaleza y, por ejemplo, no adoptar las medidas necesarias en orden a poner remedido a una enfermedad o situación física que le encamine hacia la muerte. Por ello, el tratamiento médico es voluntario con excepciones vinculadas generalmente a la salud pública. Sin embargo, ello no supone que la persona pueda exigir del Estado o de un tercero una acción positiva que ponga fin a su vida.

Cuando un individuo que profesa las creencias de la Iglesia de los Testigos de Jehová, por citar un caso paradigmático, rechaza una transfusión de sangre no expresa un deseo de morir, sino un deseo de que su integridad sea respetada por exigencia de su libertad religiosa, aunque pueda asumir la muerte como consecuencia necesaria o muy probable de su decisión. Dicho creyente no quiere morir, sino que impone su integridad física y libertad religiosa sobre su derecho a recibir un tratamiento médico que salvaría su vida.

La conexión entre derecho a rechazar el tratamiento con el derecho a la eutanasia supone presumir que los fines o pretensiones del ejercicio de ambos derechos son los mismos, obtener la muerte provocada, cuando ello no es así.

Por ello, deducir de la proclamación del derecho al rechazo del tratamiento médico una suerte de fundamento constitucional del derecho a la eutanasia no solo es erróneo conceptualmente, sino que contradice de plano la propia doctrina del Tribunal Constitucional, sin que se exprese en la propia Sentencia de 2023 las razones que permiten apartarse de aquélla. Recuérdese que la presunta viveza de nuestra Constitución que permitiría la proclamación de un derecho a la eutanasia no se invoca para fundamentar

un cambio derivado de la cultura social, sino para uno que deriva de una presunta nueva cultura jurídica, lo que, como hemos visto, no es cierto.

Y el debate que ahora nos ocupa es relevante porque, planteado en términos constitucionales adecuados, pudiera, quizás, haber permitido una suerte de despenalización de la eutanasia basada en razones de no reprochabilidad de la conducta y de no cumplimiento de los fines de protección efectiva de la vida, pero no una proclamación sin ambages de una suerte de nuevo derecho para exigir del Estado que provoque la muerte de un individuo a petición libre y voluntaria de éste. Y, todo ello, sin olvidar que el reconocimiento constitucional del derecho a la vida no supone atribución de facultad que permite el ejercicio del derecho, sino que constituye una garantía que prohíbe la violación del mismo, es decir, constituye un instrumento de protección de la vida. No se reconoce la vida para que el sujeto pueda vivir, sino que se reconoce para que el sujeto pueda seguir viviendo sin injerencias por parte de terceros. La Constitución no reconoce el derecho a vivir, ya que la vida es un hecho ajeno al reconocimiento legal (un devenir biológico, en palabras del propio Tribunal Constitucional), sino que regula una garantía de la vida frente a ataques de terceros o, incluso, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, del propio sujeto, por lo que se ha señalado que lo que la Constitución proclama es la libertad de existencia. Por tanto, no parece razonable que se reconozca un derecho a morir, siguiendo el mismo argumento.

Junto a los hitos que acabamos de citar, entre los que destacaría la proclamación del derecho a rechazar el tratamiento médico, que informarían, en palabras del Tribunal, a favor de la proclamación del derecho a la eutanasia, éste añade también una tendencia también favorable de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre todo, a partir del caso *Mortier c. Bélgica* de 4 de octubre de 2022. Con esta reciente resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional pretende salvar uno de los argumentos más insólitos expresados por la propia Ley Orgánica, cuando, recordemos, en su Preámbulo mencionaba la relevancia del caso *Gross c. Suiza*, de 14 de mayo de 2013, a los efectos de mostrar una tendencia favorable del entorno europeo hacia la despenalización de las conductas eutanásicas, superando la tradicional doctrina del Tribunal Europeo contenida en *Pretty c. Reino Unido*, de 29 de abril de 2002, resolución aquélla que fue, tras el recurso planteado ante la Gran Sala por Estado demandado, anulada al descubrirse en segunda instancia que, en octubre de 2011 —una vez presentada la demanda, pero dos años y medio antes del fallo— Alda Gross se había suicidado con ayuda de un médico, lo que para la Gran Sala se consideraba que «constituye un abuso del derecho a reclamar» y declara la demanda «inadmisible» y el fallo posterior «inválido».

Sin embargo, la citada Sentencia anulada por la Gran Sala se desliza en alguna ocasión por la resolución del Tribunal Constitucional[76], cuando, por ejemplo, afirma que la regulación de la decisión eutanásica debe ser clara y precisa, para permitir al ciudadano conocer los limites que se imponen al ejercicio del derecho a decidir sobre el momento y la forma de la muerte, conforme dispone *Gross c. Suiza* (aps. 63 y 69).

Reconoce el Tribunal que, ciertamente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos excluye que pueda derivarse del derecho a la vida del art. 2 CEDH un derecho a morir (por todos, asunto *Pretty c. Reino Unido*, ap. 40) y concede un amplio margen de apreciación a los Estados en la decisión de limitar o no el derecho a la vida privada en aras de la protección de la vida y la búsqueda de un equilibrio entre ambos intereses. Sin embargo, para el Tribunal Constitucional, lo determinante es que la interpretación del precepto conforme al art. 8 CEDH conduce a descartar que prohíba *per se* una despenalización condicional de la eutanasia, aun cuando implique la actuación de un tercero de poner fin intencionadamente a la vida de quien lo pide, en tanto que tiene por objeto dar a la persona libertad para evitar un final de vida que considera indigno y doloroso, siendo la dignidad humana y la libertad la esencia misma del Convenio, argumento que se sostiene sobre la base de lo declarado en el caso *Mortier c. Bélgica*, y, en especial, sus Fundamentos de Derecho 137 y138.

Y tal posibilidad de despenalización condicional de la eutanasia quedaría vinculada a tres elementos: regulación garantista de los actos previos a la eutanasia, práctica respetuosa de tal marco legal y control posterior, conforme a la doctrina de *Mortier c. Bélgica*, aunque el Tribunal Constitucional es plenamente consciente de que tales garantías se encuentran vinculadas al problema planteado en dicho caso, la eutanasia practicada a petición de una persona con trastornos psiquiátricos y conforme a una legislación que no establecía un sistema de verificación previa.

Y si bien es cierto que el caso *Mortier* supone un cambio respecto de la doctrina *Pretty*, recuperando, en cierto modo, lo dispuesto, pero anulado después, en *Gross c. Suiza*, su recepción en nuestro ordenamiento constitucional para fundamentar un derecho a la eutanasia hubiera exigido una revisión algo más precisa del mismo, como sí ha hecho nuestra doctrina, en concreto, el profesor Rey Martínez[77]. En su detallado análisis de *Mortier*, Rey Martínez nos recuerda, en cuanto a los hechos que dieron lugar al liti-

76. Tampoco se aborda esta cuestión en la segunda Sentencia sobre la eutanasia.
77. REY MARTÍNEZ, Fernando, «La eutanasia en el sistema europeo de Estrasburgo tras la Sentencia Mortier y su impacto en el ordenamiento español», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 51, año 2023, pp. 567 a 589.

gio, y que como vamos a comprobar revisten sustancial importancia para valorar los efectos de dicha aparente nueva doctrina europea, que el hijo de la paciente y recurrente ante el Tribunal Europeo, alegó que el Estado de Bélgica había fallado en las obligaciones positivas de protección de la vida de su madre porque no se habría respetado el procedimiento legalmente previsto por tres razones: en primer lugar, el médico psiquiatra que practicó la eutanasia presidía una asociación de ayuda a morir que había recibido un donativo de la madre de 2.500 euros, lo que demostraba un «evidente conflicto de interés». Cierto es que, como señala el Tribunal Europeo, no se trata de un importe cuantioso, pero si se conocieran y sumaran todos los asuntos por los que se reciben «donativos voluntarios», podríamos encontrarnos con una trama de financiación de la asociación escasamente compatible con su carácter filantrópico[78].

En segundo lugar, el médico especialista que realizó el segundo juicio médico sobre la capacidad y consentimiento de la paciente, así como la causa médica que habilitaría la prestación de ayuda a morir, también pertenecía a la misma asociación que el primer médico, el médico responsable. Recuerda Rey Martínez que los psiquiatras que intervinieron en la eutanasia de la señora G.T. (ninguno de ellos era su psiquiatra habitual) pertenecían a la misma asociación *Levens Einde Information Forum* (Foro de Información sobre el Final de la Vida) de ayuda a morir, de la que el psiquiatra responsable no solo era presidente, sino el mismo fundador. Y, al mismo tiempo, co-presidía la Comisión federal de control. El conflicto de intereses es, en palabras de Rey Martínez, tan evidente que llega a ser obsceno, y la sospecha sobre el carácter lucrativo de la asociación de ayuda a morir y la falta de imparcialidad de los psiquiatras participantes no ayudan precisamente a demostrar la verdadera autonomía de la paciente en su toma de decisión, todo ello, además, en un contexto como el belga en el que, hablando con realismo, se carece de cualquier sistema efectivo de control de las eutanasias practicadas, como demuestran los datos[79].

Y tercera, porque, en opinión del hijo recurrente, no había habido una «investigación oficial efectiva» posterior al fallecimiento de su madre en la medida en que el psiquiatra que realizó la eutanasia co-presidía, al mismo tiempo, la Comisión de control que verificó *a posteriori* la validez de dicha eutanasia[80].

Una panoplia bien ilustrativa, pues, de irregularidades sustanciales que bien hubieran merecido un comentario por parte de nuestro Tribunal Cons-

78. *Ibidem*, p. 574.
79. *Ibidem*.
80. *Ibidem*, pp. 568 y 569.

titucional, más aún, cuando en su Sentencia de 2023 se aparta, expresamente, de la posibilidad de que el nuevo derecho a la eutanasia se aplique a individuos con patologías psiquiátricas.

A estos efectos, una de las tachas de inconstitucionalidad planteadas por los recurrentes fue la de la excesiva imprecisión de la definición legal de uno de los contextos o situaciones que permitirían el acceso a la prestación de ayuda para morir; en concreto, el artículo 5.1 d) de la Ley Orgánica que emplea los términos de «padecimiento grave, crónico e imposibilitante», y que el legislador acota en el anterior artículo 3 b) como «situación que hace referencia a limitaciones que inciden directamente sobre la autonomía física y actividades de la vida diaria, de manera que no permite valerse por sí mismo, así como sobre la capacidad de expresión y relación, y que llevan asociado un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para quien lo padece, existiendo seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vayan a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría apreciable. En ocasiones puede suponer la dependencia absoluta de apoyo tecnológico». Para los recurrentes, la definición opera una subjetivización del sufrimiento que permitiría incluir en el ámbito de aplicación de la norma a cualquier persona que sufra un trastorno mental, de modo que en el caso de que la enfermedad psíquica cause dependencia, sufrimiento psíquico y exista una gran probabilidad de persistencia en el tiempo sin mejoría apreciable, la vida deviene indigna.

Para el Tribunal tal tacha de inconstitucionalidad no es atendible, dado que «el padecimiento definido en el artículo 3 b) ha de presentarse siempre como una dolencia o enfermedad somática en su origen, aunque los sufrimientos constantes e intolerables que la Ley Orgánica en este punto requiere puedan ser de orden psíquico, añadiendo que la distinción entre la patología o dolencia física ["sin posibilidad de curación o mejoría apreciable" o "incurable", apartados b) y c), respectivamente, del art. 3], de un lado, y los sufrimientos físicos o psíquicos asociados a ella, del otro, excluye de raíz que la LORE, frente a lo que los recurrentes dicen, pretenda o permita incluir entre tales "padecimientos" la "enfermedad psicológica" o, incluso, la "depresión"».

Y todo ello, pese a que el Tribunal admite que «la referencia del art. 3 b) LORE a una situación de "padecimiento grave, crónico e imposibilitante" es compatible con la seguridad jurídica, pues, aunque contiene un margen de apreciación, es susceptible de ser definida de forma acorde "con el sentido idiomático general" (STC 53/1985, FJ 10), lo que elimina el riesgo de una absoluta indeterminación en cuanto a su interpretación o a que se generen en los destinatarios dudas insuperables acerca de la conducta exigible».

En todo caso, resulta ciertamente paradójico que el Tribunal recurra a *Mortier* para fundamentar su decisión, pese a que el caso planteado frente al Estado belga sea, precisamente, un supuesto de enfermedad psíquica sin padecimiento grave, lo que excluye el Tribunal que pueda aplicarse en España. La paciente del caso *Mortier* no era una enferma terminal, ni sufría una grave, crónica e invalidante enfermedad física, sino que padecía una de tipo psicológico o mental: una profunda y larga depresión.

Por otro lado, como también recuerda Rey Martínez, en dicha Sentencia el Tribunal Europeo recuerda su consolidada doctrina según la cual no es posible deducir del art. 2 del Convenio un derecho a morir[81], de manera que estaríamos frente a una resolución dictada *ad hoc*, sin vocación de deducir del Convenio una suerte de contenido negativo del derecho a la vida.

Por ello, concluye Rey Martínez su análisis crítico de la Sentencia, manifestando que se «incurre en cierta esquizofrenia argumentativa que, aunque no le impide resolver el caso razonablemente (con las limitaciones antes expuestas), arroja numerosas zonas de incertidumbre sobre la aplicación posterior de su doctrina»[82].

Y en cuanto al aborto, los hitos que muestran esa evolución normativa a favor de la proclamación de un derecho a terminar con la vida del que va a nacer serían los siguientes en el ámbito nacional:

En primer lugar, la interrupción voluntaria del embarazo estuvo rigurosamente prohibida, bajo sanción penal, por los arts. 411 a 415 del Código penal (Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre). La Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del art. 417 bis del Código penal, la despenalizó parcialmente a través del denominado sistema de supuestos o de indicaciones; de manera que no resultaba punible la interrupción del embarazo practicada por un médico, con el consentimiento de la mujer cuando concurra alguna de las indicaciones siguientes: grave peligro para la vida o la salud de la embarazada; que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo del delito de violación del art. 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiere sido denunciado; o bien que sea probable que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el pronóstico desfavorable conste en un dictamen emitido por dos médicos especialistas distintos del que intervenga a la embarazada.

81. *Ibidem*, p. 569.
82. *Ibidem*, p. 576.

El art. 417 bis CP estuvo en vigor hasta la aprobación de la Ley Orgánica 2/2010, que pretende —de acuerdo con su preámbulo— adecuar el marco normativo relativo al desarrollo de la sexualidad y la capacidad de procreación al consenso de la comunidad internacional mediante la actualización de las políticas públicas y la incorporación de nuevos servicios de atención a la salud sexual y reproductiva. Entre otras previsiones para lograr tal objetivo, la norma reconoce en el título preliminar el derecho a la maternidad libremente decidida (art. 3.2) y establece en el título segundo una nueva regulación de las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo y las garantías de acceso a la prestación, que sigue el modelo o sistema de plazos. Una nueva regulación fuera del Código penal que, como se expone también en el preámbulo, «siguiendo la pauta más extendida en los países de nuestro entorno político y cultural, busca garantizar y proteger adecuadamente los derechos e intereses en presencia, de la mujer y de la vida prenatal».

Finalmente, la Ley Orgánica 1/2023, de 2, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva, consolida el sistema de plazos y se orienta, conforme señala su preámbulo, a revisar la ley de 2010 en orden a remover los obstáculos a que se enfrentan las mujeres para acceder a la interrupción voluntaria del embarazo.

En definitiva, en palabras literales del Tribunal Constitucional, desde la STC 53/1985 los consensos acerca de la consideración jurídica de la interrupción voluntaria del embarazo han experimentado una profunda evolución hasta su regulación como derecho de las mujeres y correlativa prestación sanitaria, tratando de buscar el equilibrio entre el respeto a tales derechos y la protección de la vida prenatal.

Así pues, el Tribunal Constitucional considera que la propia norma jurídica que se somete a su enjuiciamiento de constitucionalidad (véase, Ley Orgánica 2/2010) supone un hito en cuanto expresión de profunda evolución hacia un supuesto reconocimiento del derecho de la mujer al aborto, y, por ello, concluye que, al amparo del árbol vivo, puede reconocerse tal derecho *ex novo* en el marco de la propia Constitución. Es decir, el control de constitucionalidad llama a su fin porque el mero hecho de que una mayoría parlamentaria, por exigua que esta sea, y aunque la norma haya sido recurrida por dos partidos políticos cuya representación en la Cámara Baja sea superior al cuarenta por ciento, supone una tendencia social que le permite al Alto Tribunal la consagración de un nuevo derecho. El Tribunal no sujeta la norma al escrutinio de constitucionalidad, sino que convierte la misma en máxima expresión de cambio social que demanda la adaptación de la Constitución a aquél.

Ciertamente, como diría el anunciante, *Spain is different*, a lo que añadiríamos nosotros, sobre todo, en materia de interpretación constitucional. No estamos realmente ante una doctrina del árbol vivo, sino, más bien, de un árbol constitucionalmente envenenado que permite afirmar que el control de constitucionalidad cesa porque la mayoría parlamentaria a través de la aprobación de la norma muestra una aparente evolución social, aunque ésta pueda o no ser contraria al texto constitucional. Lo importante no es ya que se respete la Constitución, sino que la norma, al ser aprobada por mayoría parlamentaria (si no fuera así, obviamente, no sería norma positiva), muestra una evolución social que el Tribunal no puede desatender entreteniéndose con argumentos de constitucionalidad.

Al menos en las Sentencias sobre la eutanasia no se cita la propia Ley Orgánica que viene a despenalizar ésta como expresión de la evolución social que exige avivar el texto constitucional. Sin embargo, en materia del aborto parece que la regulación de la autonomía del paciente no servía tan claramente a los fines que tenía ya marcados el Tribunal y, por ello, se omite y se opta por citar directamente la norma sujeta a control como expresión de una presunta sociedad viva (*sic*!).

En cuanto al marco evolutivo que ofrece el Consejo de Europa, a falta de una excusa *Mortier*, el Tribunal se limita a manifestar que con posterioridad a esta sentencia [véase, 53/1985], el Tribunal Europeo de Derechos Humanos —cuya jurisprudencia constituye un criterio interpretativo de singular importancia según hemos declarado reiteradamente (por todas, SSTC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5, y 37/2011, de 28 de marzo, FJ 4)— en su interpretación del art. 2 CEDH ha destacado que no existe ningún consenso europeo sobre la definición científica y jurídica de los inicios de la vida, ni sobre la naturaleza o el estatuto del embrión o feto, por lo que el punto de partida del derecho a la vida entra dentro del margen de apreciación de los Estados. «Todo lo más se puede encontrar como denominador común a los Estados la pertenencia a la especie humana; es la potencialidad de este ser y su capacidad para convertirse en una persona [...] las que deben ser protegidas en nombre de la dignidad humana sin por ello hacer de él una persona que tendría derecho a la vida en el sentido del art. 2» (STEDH, Gran Sala, de 8 de julio de 2004, asunto *Vo c. Francia*, § 82, 84 y 85; reafirmando esta doctrina, STEDH, Gran Sala, de 16 de diciembre de 2010, asunto *A. B. y C. c. Irlanda*, § 222 y 223).

Y, pese a ello, a que existe un consenso europeo acerca de que la vida del que va a nacer pertenece, al menos, a la especie humana y tiene potencialidad de ser y de convertirse en persona (sin dicha potencialidad no cabe persona, obviamente] y a que no existe ni consenso europeo ni menos

nacional sobre el aborto, el Tribunal establece, siguiendo lo dicho por *Dobbs*, una regla de máximos donde no es fácil alcanzar, siquiera, una de mínimos.

En definitiva, hemos podido ver como el recurso por parte de nuestro Tribunal Constitucional a la doctrina del árbol vivo, versión canadiense de la doctrina de la constitución viva, que se inaugura con la Sentencia sobre el matrimonio entre las personas del mismo sexo y se consolida en las dictadas con ocasión del debate constitucional de la eutanasia y del nuevo régimen del aborto, es una suerte de *deus ex machina*, o tomando prestada de manera poco correcta gramaticalmente dicha clásica expresión, *deus lex machina*, es decir, un recurso al que se acude cuando hay poco que argumentar o no se sabe bien cómo orientar el argumento cuando la propia norma o los precedentes judiciales que ya la han interpretado no sirven para los fines que pretende la mayoría del Tribunal. Como diría Sosa Wagner hace años en su crítica del consenso, una suerte de taparrabos cuando no hay rabo que tapar[83]. La incorporación de la doctrina de la constitución viva, como ya ocurriera con el caso *Roe v Wade*, no parece conformar una comunidad de derechos, sino que éstos se interpretan en clave de la posición que una parte de la sociedad mantiene frente a la otra. No es una interpretación de los derechos consensuada y tampoco parece que lo sea muy discernida, en la medida que se limita a permitir al Tribunal resolver como quiere lo que no puede resolver con argumentación estrictamente constitucional. No es un argumento basado en una estricta lógica jurídica, sino un recurso metafórico para orientar la decisión hacia lo que de antemano parece que ya se había decidido como constitucional.

No estamos manteniendo, siguiendo la distinción que Aragón Reyes hiciera entre activismo judicial y la producción de decisiones fundadas en razones políticas y no jurídicas[84], que el Tribunal haya optado por una decisión de estricto calado político, refrendando la norma aprobada por las Cortes Generales, sin una mínima argumentación jurídica. No es ello, sino que, con todo el respeto, la mayoría del Tribunal creemos que ha incurrido en un uso insólito de la doctrina foránea a la que recurre. En el caso de las Sentencias dictadas en 2023, frente a la del matrimonio entre personas del mismo sexo de 2012, no solo se altera el razonamiento, ya que deja de ser estrictamente sociológico, no atendiéndose a lo que quiere una representación significativa de la sociedad, sino a lo que ha decidido, normativamente, una mayoría de representación política muy exigua, incluso se va más allá

83. SOSA WAGNER, Francisco, «El Estado se desarma. Estudio introductorio», en DARNSTÄDT, T., *La trampa del consenso*, Trotta, Madrid, 2005, p. 12.

84. ARAGÓN REYES, Manuel, «El futuro de la justicia constitucional», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* vol. 23, núm. 1, año 2019.

y se formula un juicio de constitucionalidad, no de no inconstitucionalidad, pretendiendo cerrar el paso a que una mayoría distinta exija adaptar la norma a los nuevos valores de la sociedad que la ha elegido.

Así pues, el uso que el Tribunal Constitucional hace en las resoluciones de 2023 se aleja del propio concepto y características de la doctrina de la que bebe, la constitución o árbol vivo, no optando por una regla de mínimos, como al menos hizo en 2012, sino por otra de máximos. Y, por ello, es interesante recuperar las palabras de Lord Sankey en el ya citado caso de *Edwards v Attorney General for Canada*, cuando nos decía que el proceso de inclusión implícita debe llevarse a cabo con cautela, si se quiere evitar el riesgo de que las partes contratantes puedan, por interpretación judicial, quedar vinculadas por obligaciones que no aceptaron expresamente y que podrían no haber estado dispuestas a aceptar. Por ello, el árbol vivo debe ser capaz de crecer y expandirse dentro de sus límites naturales, pero esos límites a menudo requerirán una consideración muy cuidadosa. Y es que como nos dijera Ronald Dorwin, los jueces no pueden leer sus propias convicciones en la Constitución. No pueden leer las cláusulas morales abstractas como expresión de un juicio moral particular, a menos que lo encuentren consistente en principio con el diseño estructural de la Constitución en su conjunto, y también con las líneas dominantes de interpretación constitucional pasada por otros jueces. Los jueces deben respetar los entendimientos generales y establecidos sobre el carácter del poder que la Constitución les asigna[85].

En el caso de las Sentencias de 2023, parece que la mayoría del Tribunal se ha dejado llevar por sus convicciones, atendida la insólita forma de utilizar la doctrina del árbol vivo, no basada en un campo social, sino normativo, lo que no siempre es necesariamente lo mismo. En palabras de Goig Martínez, expresadas en relación con la Sentencia primigenia en la que el Tribunal hizo uso de la interpretación de la constitución viva, las Sentencias sobre el aborto y la eutanasia son una destrucción constitucional, frente a la construcción constitucional[86], y ello, no por el recurso a tal doctrina, sino por el uso que de la misma se hace.

Como explica Mary Ziegler en su reciente trabajo sobre el *overruling* de *Roe v. Wade* que supone la doctrina *Dobbs*, la propia Justice Ruth Bader Ginsburg, quien fue la principal defensora dentro de la Corte Suprema nor-

85. DWORKIN, Ronald, *Freedom´s Law: the moral reading of the American Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 1996, pp. 10 y 11.

86. GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel, «La interpretación constitucional y las sentencias del Tribunal Constitucional. De la interpretación evolutiva a la mutación constitucional», *cit*., p. 290.

teamericana del derecho al aborto, había manifestado en diferentes ocasiones que *Roe* había ido demasiado lejos y demasiado rápido[87]. Así, Ginsburg consideró que, si bien la Corte en *Brown* tuvo que posicionarse por delante del poder político, demasiado pasivo frente a la segregación racial, para hacer cumplir un precepto constitucional, no requería asumir el mismo papel en *Roe*, toda vez existía una tendencia en favor de la liberalización del aborto en varias legislaturas estatales. Lo acontecido en *Roe* acabó siendo enormemente divisivo y aplazando una solución estable del asunto[88]. Y, por cierto, tampoco parece que *Dobbs* haya pacificado la cuestión. McConnell concluye que la paradoja de *Dobbs* es que puede haber fortalecido la posición de los activistas por el derecho al aborto y aumentado el número de abortos[89]. Así pues, podemos ver como la apertura de una puerta hacia la constitución viva acaba por suprimir no solo el consenso judicial, sino, peor aún, la paz social sobre la correspondiente materia, y este es el camino que parece que ha emprendido nuestro Tribunal.

87. ZIEGLER, Mary, *Roe, the History of a National Obsession*, Yale University Press, New Haven, 2023, p. 151.
88. GINSBURG, Ruth B., «Speaking in a judicial voice», *New York University Law Review*, vol. 67, núm. 6, año 1992, pp. 1205 a 1208. *Vid.*, también, TELLO MENDOZA, J. A., «El caso Dobbs...», *cit.*, p. 155.
89. McCONNELL, Michael W., «Presentación», *cit.*, p. 16. En su mismo trabajo, McConnell explica que, en el primer año de vigencia de dicho cambio sustancial de doctrina judicial sobre el aborto, el número de interrupciones voluntarias del embarazo aumentó a su nivel más alto en una década, hasta los 1.026.690 con una tasa de 15,7 abortos por cada 1.000 mujeres en edad reproductiva.

Capítulo 12

El Tribunal Constitucional y algunos casos «políticamente controvertidos» sobre cuestiones de técnica legislativa

M.ª Isabel Álvarez Vélez
Profesora Propia Ordinaria de Derecho Constitucional
Universidad Pontificia Comillas

SUMARIO: 1. IDEAS INICIALES: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978 Y SU DESARROLLO LEGAL. 2. LA IMPORTANTE LABOR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO ÓRGANO INDEPENDIENTE DEL PODER POLÍTICO. 3. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN A CUESTIONES DE TÉCNICA NORMATIVA: SOBRE LAS «NORMAS INTRUSAS». 4. A MODO DE SÍNTESIS.

1. IDEAS INICIALES: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978 Y SU DESARROLLO LEGAL

El Tribunal Constitucional, esencial órgano constitucional garante del sistema, está regulado en el Título IX de la Constitución española de 1978 y se encuadra en el modelo europeo de constitucionalismo concentrado, sistema de control directo de la constitucionalidad de las Leyes. En realidad, sería más adecuado señalar que nuestro sistema adopta un modelo a medio camino entre el control de constitucionalidad concentrado y el difuso, debido a la vía abierta en el art. 163 CE, para que los órganos del poder

judicial se dirijan al Tribunal Constitucional mediante cuestión de inconstitucionalidad[1].

Conviene recordar de forma breve que el origen del control de constitucionalidad de las Leyes procede de la labor de la jurisprudencia en Estados Unidos, el primer Estado que entendió la importancia de asegurar la primacía de la Constitución sobre el resto de las normas del ordenamiento. La conocida sentencia del juez John Marshall en el caso Marbury v. Madison en 1803 afirmó las facultades del Tribunal Supremo para enjuiciar la sujeción de las Leyes a la Constitución. Así el control de constitucionalidad surge primero en el ámbito del poder judicial por vía interpretativa de los tribunales[2].

Posteriormente, la idea de un control de constitucionalidad de las Leyes pasó a Europa por influencia del jurista Hans Kelsen, que entendía que este control debería ser competencia de un órgano *ad hoc*, un órgano creado por la propia Constitución con facultades para dicho enjuiciamiento. Terminada la Segunda Guerra Mundial se produjo un despunte del constitucionalismo marcado por la clara voluntad de asegurar unos principios constitucionales que protegieran el Estado de Derecho, los derechos fundamentales, pilares que en definitiva asegurasen la paz. Así, por ejemplo, en Alemania la Ley Fundamental de Bonn de 1949 estableció un Tribunal Constitucional, cuya labor jurisprudencial lo ha convertido, sin duda alguna, en un órgano clave del sistema político[3]. El Tribunal Constitucional alemán, que inició su actividad en 1951, es el principal defensor de la Constitución y auténtico garante del equilibrio entre los diferentes órganos cons-

1. Señala Pegoraro que «ningún sistema se vale ya de una sola forma (o modelo) de control de las Leyes: en todos los ordenamientos conviven a menudo control político y jurisdiccional, centralizado y difuso, ex ante y ex post, concreto y abstracto, durante un juicio o mediante recurso, sobre las competencias o sobre la libertad, etc., o al menos algunos de estos binomios»: Pegoraro, Lucio, «Control jurisdiccional vs. control político: la erosión de una categoría dicotómica (y el progresivo alcance de este último)», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 23 (1), 2019, pp. 46-47.
2. Cfr. García De Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1994, pp. 50 y ss.
3. Sobre el Tribunal Constitucional Alemán puede consultarse entre otros Steinberger, Helmut, «Algunos rasgos fundamentales de la jurisdicción constitucional de la República Federal de Alemania», *Revista de Estudios Políticos,* n.º 51, 1986, pp. 7-22; Faller, Hans Joachim, «Defensa constitucional por medio de la jurisdicción constitucional de la República Federal de Alemania», *UNED. Revista de Derecho Político*, n.º 34, 1979, pp. 47-68; Faller, Hans Joachim, «Cuarenta años del Tribunal Constitucional Federal alemán», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 12, 1992, pp. 127-140; López—Jurado Escribano, Francisco de Borja, «Formulación de los criterios de interpretación de la Constitución en la doctrina alemana: parámetros de admisibilidad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 34, 1992, pp. 99-126.

titucionales[4], especialmente por sus competencias para resolver los conflictos de competencias, entre la Federación y los Estados federados, o de estos últimos entre sí[5].

En el caso de nuestro país, se estableció por primera vez en la Constitución de 1931 un Tribunal Constitucional, denominado Tribunal de Garantías Constitucionales, con las funciones de conocer los recursos sobre la inconstitucionalidad de las Leyes, las consultas sobre la posible inconstitucionalidad de las Leyes presentadas por los Tribunales y del recurso de amparo. Además, también se le conferían facultades en relación a los conflictos competenciales entre el Estado y las regiones autónomas, pudiendo actuar además en el conocimiento y resolución de los asuntos que afectaran a la responsabilidad criminal del Jefe del Estado y otros altos cargos[6].

El Tribunal Constitucional previsto en nuestro sistema a partir de 1978 es, ante todo, como señalábamos un órgano constitucional, pues no sólo es creado por la Constitución, sino que está regulado con cierto detalle en el propio texto constitucional, sustrayendo al legislador la disposición acerca de su composición, competencias más relevantes, la legitimación para acceder a su jurisdicción, y otras materias que conforman el modelo elegido. El Tribunal Constitucional es único en su orden, independiente de los demás poderes públicos, y su jurisdicción se extiende a todo el territorio nacional. No obstante, la naturaleza de las decisiones del Tribunal Constitucional (sentencias, autos, providencias), el estatuto de sus miembros y el valor jurídico de dichas decisiones, se encuadran en la órbita de la jurisdicción.

Así lo ha señalado el propio Tribunal: «Este Tribunal es un órgano jurisdiccional y no un órgano consultivo y por ello no le compete enjuiciar o corregir los razonamientos judiciales o el modo de expresarlos»[7]. También

4. La Ley del Tribunal Constitucional Federal prevé entre sus competencias las «decisiones sobre las controversias entre Bund y Länder, ocasionadas por divergencias de opinión, particularmente acerca de la ejecución del derecho de los Länder y de ejercicio de control federal».
5. *Vid.* Barcelo I Serramalera, Mercé, «Criterios hermenéuticos de la jurisprudencia del Tribunal Federal Alemán para la interpretación de las normas de reparto competencial entre el Bund y los Länder», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 26, 1989, pp. 123-164.
6. Sobre el Tribunal durante la Segunda República pueden consultarse, entre otros, los trabajos de Bassols Coma, Martin, El Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República: la primera experiencia de justicia constitucional en España, Madrid, 2010; y de Rubio Llorente, Francisco, «Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional», *UNED. Revista de Derecho Político*, n.º 16, 1981, pp. 27-38.
7. ATC 836/1986, de 22 de octubre, FJ 2; en el mismo sentido entre otras resoluciones, STC 18/2012, de 13 de febrero, FJ 2 y AATC 85/1992, de 30 de marzo, FJ 4 y 226/1993, de 12 de julio, FJ 5.

ha de tenerse en cuenta que la jurisprudencia de los tribunales de justicia recaída sobre Leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional ha de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los procesos constitucionales (art. 40.2 LOTC).

La labor de control del ordenamiento no se limita sólo al contenido de la Constitución, sino también a lo que ha dado en llamarse el «bloque de constitucionalidad», es decir, el conjunto de normas que se dictan al amparo de la Constitución para ordenar la distribución competencial entre Estado y Comunidades Autónomas. De este modo se mantiene el juego de equilibrios de un Estado complejo y compuesto, como es el español[8].

Garante de la Constitución, el Tribunal se alza, por consiguiente, como el principal defensor del ordenamiento, lo que implica que esté limitado y, por supuesto, sometido a la Constitución y las Leyes. Un constitucionalismo avanzado que ha creado un nuevo tipo de instituciones y de procedimientos constitucionales en un intento de circunscribir el poder político a ámbitos concretos y controlarlo[9].

La actuación del Tribunal Constitucional español fue, por ello, esencial para la débil democracia que afloraba tras la transición, y en casi cuarenta años de jurisprudencia se ha convertido en una guía constitucional sólida, especialmente en dos aspectos centrales de nuestro sistema: el desarrollo del Estado de las Autonomías y la interpretación y protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas. De modo que la jurisprudencia constitucional cubre una variedad de elementos centrales del Estado social y democrático de Derecho creado por la propia Constitución.

Lo cierto es que, si en sus orígenes los Tribunales Constitucionales se constituyeron en auténticos árbitros de los conflictos entre el centro y la periferia[10], actualmente, aun cuando dicho arbitraje sigue siendo importante, las extensas cartas de derechos y libertades que han incorporado los textos constitucionales han supuesto la permanente intervención, y el com-

8. Tal como señala la STC 66/1985, de 23 de mayo, el concepto bloque de la constitucionalidad «hace referencia a un conjunto de disposiciones utilizables como parámetro de la legitimidad constitucional de las Leyes, pero no a contenidos normativos concretos que no puedan ser modificados de acuerdo con el procedimiento previsto según la naturaleza de cada disposición».
9. Capelleti, Mauro, «¿Renegar de Montesquieu, la expansión y la legitimidad de la justicia constitucional?», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 17, 1986, pp. 12-13.
10. Pegoraro, Lucio, «Tribunales constitucionales y revisión de la Constitución», *Revista de las Cortes Generales*, n.º 47, 1999, p. 16.

promiso, de los Tribunales constitucionales con las demandas de los ciudadanos.

El Título IX de la Constitución ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 1/1979 del Tribunal Constitucional (en adelante LOTC), norma que ha sufrido varias reformas relevantes que han afectado a su labor, en la mayor parte de los casos intentando permitir que su intervención en los asuntos de su competencia consiga que, efectivamente, la defensa de la Constitución que tiene encomendada se consiga sin duda[11].

Poco nos podemos detener en cuestiones de carácter formal como pueden ser su composición y la forma de elección de sus miembros[12]. Sí es necesario, sin embargo, referirnos a que el Tribunal Constitucional se compone de doce miembros nombrados por el Rey (art. 159.1 CE y art. 5 LOTC); de ellos, cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados por mayoría de tres quintos de sus miembros (art. 204 RCD); cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría (art. 184.7 RS); dos a propuesta del Gobierno y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial (art. 159.1 CE)[13].

Los Magistrados del Tribunal Constitucional, elegidos por mandato constitucional entre juristas de reconocida competencia, son independientes e inamovibles. Los miembros del Tribunal Constitucional deberán ser nombrados entre ciudadanos españoles que sean Magistrados, Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos o Abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio

11. La Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional ha sido modificada por las Leyes Orgánicas 8/1984, de 26 de diciembre; 4/1985, de 7 de junio; 6/1988, de 9 de junio; 7/1999, de 21 de abril; 1/2000, de 7 de enero; 6/2007, de 24 de mayo; 1/2010, de 19 de febrero; 4/2010, de 4 de noviembre; 8/2010, de 4 de noviembre; 12/2015, de 22 de septiembre; y 15/2015, de 16 de octubre.

12. Sobre este tema *vid.* el estudio de Estrada Marín, José Antonio, *La designación de los magistrados del Tribunal Constitucional en España. Una perspectiva orgánica y empírica*, Cizur Menor (Navarra), 2017, en especial a las modificaciones introducidas en la designación de los magistrados por el Senado en pp. 234-264.

13. En virtud de la modificación realizada al art. 16 LOTC por la LO 6/2007, de 24 de mayo, los Magistrados propuestos por el Senado son elegidos entre los candidatos presentados por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas en los términos que determine el Reglamento de la Cámara (art. 184.7 RS). La modificación del art. 16.1 LOTC satisfizo al fin las pretensiones de algunos grupos políticos con representación parlamentaria. El Grupo Parlamentario Catalán del Senado presentaba, ya en abril de 2004, una Proposición de Ley de modificación de la LOTC. Esta proposición pretendía la modificación del precepto señalado, y en el mismo sentido. Dicha Proposición consideraba «preocupantes» varias normas de la LOTC, entre las que se destacaba «la ausencia de las Comunidades Autónomas en la designación de los miembros del Tribunal». Por ello se promovía un cambio legislativo, de modo que los magistrados presentados por el Senado fueran designados en representación de las

profesional o en activo en la respectiva función (art. 159.2 CE y art. 18 LOTC). La duración de su cargo es de nueve años, sin posibilidad de reelección inmediata, salvo si se ha servido en el cargo por un plazo no superior a tres años. Con el fin de asegurar la continuidad en las actuaciones del Tribunal, éste se renueva por terceras partes cada tres años (arts. 159.3 CE y 16.3 LOTC).

En cuanto al cese, los Magistrados continúan en el ejercicio de sus funciones hasta que hayan tomado posesión quienes hubieran de sucederles. Sobre los supuestos de cese previstos en el art. 23 LOTC, el Tribunal ha señalado que «la Ley Orgánica no sólo establece con carácter absoluto y tasado las causas que pueden dar lugar al cese de sus Magistrados, sino que, según los casos, atribuye en exclusiva a su Presidente, o al Pleno del Tribunal, y no a ninguna otra instancia, la competencia para decretar su cese (art. 23.1 y 2 LOTC), de manera que ningún otro órgano o poder del Estado

---

Comunidades Autónomas, «a propuesta de la Comisión General de las Autonomías, previa consulta a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas o, de haber alguna disuelta, al órgano colegiado de gobierno, de acuerdo con lo que establezca la Ley propia de cada Comunidad». Se interpuso recurso de inconstitucionalidad sobre la reforma del Reglamento de Senado que fue resuelto por la STC 101/2008, de 24 de julio, manifestando el Tribunal que el Senado no queda por completo vinculado a las propuestas autonómicas efectuadas, pues si éstas fracasasen en el propio Senado, éste podrá hacer surgir candidaturas propias. Un interesante comentario a esta Sentencia puede verse en Sánchez Barrilao, Juan Francisco, «La participación de las Comunidades Autónomas en la elección por el Senado de los magistrados constitucionales», *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 23, 2009, pp. 387-424.
Además, el apartado 2 del mismo art. 16 LOTC sufre también modificaciones: «Los candidatos propuestos por el Congreso y por el Senado deberán comparecer previamente ante las correspondientes Comisiones en los términos que dispongan los respectivos Reglamentos». Redacción que no ha mantenido las previsiones iniciales del Proyecto de Ley, que pretendían que el Gobierno y el Consejo General del Poder Judicial, previamente a la correspondiente propuesta de nombramiento, comunicaran al Congreso de los Diputados los nombres de las personas objeto de la propuesta, para que se dispusiera «su comparecencia ante la Comisión correspondiente de la Cámara en los términos que prevea su Reglamento». Disposiciones del Proyecto desaprobadas juiciosamente por la doctrina, a la vez que se califica de «lógica» la comparecencia de las personas que vayan a ser propuestas por las propias Cámaras: «… el trámite de comparecencia parlamentaria ahora previsto no deja de ser un tanto superfluo. La norma no establece desde luego, porque difícilmente podría hacerlo, que el Congreso pudiera vetar las propuestas del Gobierno y del Consejo General del Poder Judicial, por lo que la comparecencia jurídicamente en nada puede hacer cambiar la decisión de dichos órganos constitucionales. Más lógica es, de todas formas, la comparecencia de las personas que hayan de ser propuestas por el Congreso y el Senado, ya que son dichas Cámaras en este caso quienes han de formular la propuesta de nombramiento». Fernández Farreres, Germán, «Comentario al Anteproyecto de Ley Orgánica de Modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, hecho público en septiembre de 2005», en AA.VV., *La reforma de la justicia constitucional*, Navarra, 2006, p. 42.

puede apreciar su concurrencia», por lo que «la posibilidad de decretar el cese de los Magistrados del Tribunal Constitucional por concurrir alguna de las causas legalmente previstas en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (...) constituye una potestad de autogobierno que, por su propia naturaleza y en garantía de su independencia, sólo puede ser impulsada y ejercida por los Magistrados que lo integran»[14].

2. LA IMPORTANTE LABOR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO ÓRGANO INDEPENDIENTE DEL PODER POLÍTICO

Hasta aquí hemos realizado unas breves pinceladas al Tribunal Constitucional español tal como está configurado en la Constitución y en la LOTC. No cabe duda de que la consagración a lo largo del siglo XX del valor normativo de los textos constitucionales ha tenido como consecuencia el «derecho a la revisión judicial»[15]. O como señala ARAGÓN en este mismo sentido, «la justicia constitucional, en suma, no es otra cosa que la aplicación jurisdiccional de la constitución»[16]. De ahí que podamos señalar que la consolidación de nuestro Derecho constitucional que se desarrolla a partir de los años ochenta, tiene como protagonista fundamental al Tribunal Constitucional cuya doctrina al albor del nuevo texto constitucional marca las pautas de la legislación de desarrollo de la Constitución que aprueban las Cortes Generales (fundamentalmente, Leyes Orgánicas de desarrollo de los derechos fundamentales y Estatutos de Autonomía) y así se consigue que los principios y preceptos constitucionales se erijan en parámetros de validez del resto de las Leyes que integran el ordenamiento.

Todos estos factores «han contribuido a que podamos disponer de un dilatado período de normalidad democrática en el que ha sido posible desplegar todo el potencial de libertad y de madurez institucional que aquella matriz contenía» en el que además «el Estado de Derecho se ha convertido en el marco natural de nuestra convivencia, y las instituciones (no sin reservas en más de un caso; lo demás no sería entendible) se han asentado hasta formar parte del escenario habitual de los españoles»[17]. La labor que durante estos años ha llevado a cabo el Tribunal ha sido esencial para nues-

14. Acuerdo del Pleno del Tribunal Constitucional de 6 de marzo de 2003.
15. Fondevila Marón, Manuel, «Un Tribunal Constitucional para el siglo XXI: los retos de la jurisdicción constitucional en España», UNED. Revista de Derecho Político, n.º 111, 2021, p. 168.
16. Aragón Reyes, Manuel, «El futuro de la justicia constitucional», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 23 (1), 2019, p. 14.
17. Respuesta de Garrorena Morales, Ángel, en Aragón Reyes, Manuel, Díez-Picazo Giménez, Luis María, Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso, Garrorena Morales, Ángel y López Guerra, Luis, «Encuesta: orientación actual del Derecho constitucional», en *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 21, 2008, p. 26.

tro sistema, especialmente en el campo del control de la constitucionalidad, y como decíamos en la defensa de los derechos fundamentales y en aclarar nuestro Título VIII, pues en lo relativo al reparto competencial su intervención ha permitido esclarecer las disposiciones constitucionales, así como solventar multitud de conflictos que se han producido[18].

Entender la interpretación de la Constitución como una interpretación distinta, y sometida a cánones diferentes, si bien es cierto que puede suponer reconocer que la Constitución es norma distinta y, por tanto, suprema, también provoca su aislamiento y debilita su incidencia en la aplicación del resto de normas del ordenamiento jurídico. Pero, aún más, puede incluso afectar a su propia normatividad[19]. Así, el hecho de que los textos constitucionales incorporan un relevante número de valores y principios y de conceptos jurídicos indeterminados o que se trate, de una norma con valor político[20], provoca, no un método diferente, sino el mismo método, pero sometido a ciertas peculiaridades[21].

En la actualidad, el debate sobre el órgano que debe ejercer la justicia constitucional ha perdido relevancia respecto al relativo a los límites a la actuación de los Jueces y Tribunales con competencias constitucionales. En última instancia, ello remite al problema de cómo evitar caer en la tentación de cometer excesos en la interpretación de la Constitución más allá de lo que la misma racionalmente permite (activismo judicial).

Por otra parte, desde hace tiempo nuestro Tribunal Constitucional viene arrastrando una crisis de credibilidad respecto a su imparcialidad, constituyendo «la acusación más fuerte, infamante y deslegitimadora que puede hacerse a un tribunal constitucional»[22]. La tardanza con la que se ha pronunciado sobre cuestiones de gran transcendencia política como la declaración de inconstitucionalidad parcial sobre la reforma del Estatuto de Autonomía Catalán (que tardó más de cuatro años en ver la luz), o la declaración de inconstitucionalidad referente a la restricción del derecho de cir-

18. Muchas obras se han escrito sobre nuestro Tribunal, por lo que es relevante el trabajo realizado por Jiménez Alemán, Ángel Aday, «Repertorio bibliográfico sobre el Tribunal Constitucional», *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 53, 2024, pp. 643-668.
19. Balaguer Callejón, M.ª Luisa, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid, 1997, pp. 41 y 43.
20. Tal peculiaridad es destacada, entre otros, por Asensi Sabater, José, *Constitucionalismo y Derecho constitucional*, Valencia, 1996, pp. 188 a 199.
21. En este sentido el Tribunal Constitucional en Sentencia 18/1991 dispone que la Constitución incluye un sistema de valores que exige una interpretación teleológica de la misma (FJ 2).
22. Zagrebelsky, Gustavo y Martínez Neira, Manuel, *Principios y votos: El Tribunal Constitucional y la política*, Madrid, 2008, p. 37.

culación por todo el territorio nacional decretado en el primer estado de alarma (que tardó más de año y medio en publicarse), son algunos de los ejemplos que han contribuido a la erosión de la reputación del Tribunal Constitucional. Y esto nos lleva a señalar que la justicia tardía no es justicia, opinión compartida por ÁLVAREZ CONDE cuando señala que el Tribunal Constitucional vulnera el principio de seguridad jurídica *tempus regit actum*[23], al no solucionar en un tiempo razonable, cuestiones que afectan a todo nuestro sistema jurídico y político.

El hecho de que los medios de comunicación hagan desde hace tiempo con frecuencia referencia a los jueces del Tribunal Constitucional como *progresistas* o *moderados* es síntoma de la evidente politización de los miembros del Tribunal, desprestigiando los requisitos de imparcialidad, mérito y capacidad que deben reunir para ser miembros del Tribunal Constitucional. Por no hablar del procedimiento de designación de los mismos por los partidos políticos y el gobierno, vinculando los nombramientos con la ideología que les propone como miembros del Tribunal y no con su reconocido prestigio jurídico, pretendiendo con ello que los miembros del Tribunal Constitucional interpreten favorablemente los intereses de los partidos que les nombraron y puedan acudir al Tribunal Constitucional en busca de un pronunciamiento. Así, «la simple duda de que los magistrados hayan dejado de actuar como juristas para convertirse en políticos es letal»[24].

Con anterioridad y previsiblemente a futuro, ciertas actuaciones de los poderes políticos «han colocado al Tribunal ante la tesitura de verse forzado a resolver una cuestión de la que depende la misma supervivencia del modelo constitucional y que nunca debió producirse»[25]. Esto es lo que previsiblemente tendrá lugar en el caso de la recién aprobada Ley de amnistía o en el caso de las controvertidas cuestiones que se han pactado para conseguir la investidura del Presidente catalán en agosto de 2024 o en el hipotético supuesto de un referéndum de independencia.

En un primer momento, cuando se incorporó como competencia del Tribunal constitucional el recurso previo de inconstitucionalidad se cuestionó que no era papel del Tribunal intervenir en la tramitación parlamentaria ni en la elaboración de la Ley puesto que nuestra Constitución parece excluir el recurso previo, en tanto «prescribe que el acto siguiente a la inter-

23. Álvarez Conde, Enrique, «Tempus regit actum», *ABC*, 17 de julio, 2009. https://www.almendron.com/tribuna/tempus-regit-actum/
24. García Martínez, M.ª Asunción, «El Tribunal Constitucional. De la legitimidad de origen a la legitimidad de ejercicio», *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 21, 2009, p. 117.
25. Idem, p. 137.

vención aprobatoria de las Cámaras sea el de sanción-orden de publicación por el Rey. Tras esta aprobación no procede otra cosa que la firma regia y la publicación oficial de la Ley, no un incidente enteramente distinto»[26]. Cierto es que la inoperancia y la no utilización del recurso previo en España justificó la reforma de la LOTC para suprimir esta competencia, reforma que finalmente se produjo, como señala la exposición de motivos de la ya mencionada Ley Orgánica 8/1985, puesto que «la experiencia acumulada por más de tres años de justicia constitucional ha venido a mostrar que este recurso previo se ha configurado como un factor distorsionador de la pureza del sistema de relación de los poderes constitucionales del Estado, con consecuencias inesperadas y metaconstitucionales en la última fase de procedimiento de formación de la Ley». Es cierto que la utilización de alguna manera buscando prácticas de obstruccionismo parlamentario, unida al hecho de que la tardanza del Tribunal en resolver los recursos planteados ratificó que el recurso solo permitía un bloqueo para la aprobación de determinadas Leyes.

Finalmente se aprobó la Ley Orgánica 12/2015, de 22 de septiembre, de modificación de la LOTC, para el establecimiento del recurso previo de inconstitucionalidad para los Proyectos de Ley Orgánica de Estatuto de Autonomía o de su modificación, introduciendo un recurso que, aunque originalmente estaba previsto, se suprimió por la Ley Orgánica 4/1985, de 7 de junio[27]. Recurso que existe de manera similar en algunos de los países de nuestro entorno como en Austria, Irlanda, Suecia, Portugal o como en el paradigmático caso de Francia, con sus peculiaridades[28].

Señala la exposición de motivos de la Ley Orgánica 12/2015: «Todo ello permite inferir que, para evitar el cuestionamiento constitucional e institucional y vertebrar con rigor jurídico y cohesión social el Estado, se torna necesario y conveniente restablecer, adaptándolo a la actual configuración del Estado, el recurso previo de inconstitucionalidad, eso sí, sólo para los Proyectos de Estatutos de Autonomía y sus propuestas de reforma. Se evita así el principal reproche que mereció en el pasado esta institución jurídica

26. Santaolalla López, Fernando, «Problemas del recurso previo de inconstitucionalidad y adición sobre la LOAPA», *UNED. Revista de Derecho Político,* n.º 18-19, 1983, p. 180.
27. Sobre la tramitación, justificación y contenido de la Ley Orgánica 12/2015 *vid.* Alegre Martínez, Miguel Ángel, «El recurso previo de inconstitucionalidad según la Ley Orgánica 12/2015», *UNED. Revista de Derecho Político*, n.º 97, 2016, pp. 115-120.
28. Un estudio de los ejemplos de derecho comparado puede verse en Villaverde Menéndez, Ignacio, «El control previo de constitucionalidad de las normas con rango de Ley: crónica de un escéptico», *Revista catalana de Dret públic*, n.º 49, 2014, pp. 31-34. Igualmente, sobre las modalidades de control previo *vid.* Alegre Martínez, Miguel Ángel, *Justicia constitucional y control preventivo*, León, 1995, pp. 84-101, así como el control en Francia, pp. 169-216, en Italia, pp. 219-227 o en Portugal, pp. l 227-237.

cuando pudo ser utilizada por los grupos minoritarios para paralizar la entrada en vigor de normas legales, de carácter orgánico, aprobadas por las Cortes Generales». Evidentemente, aunque el recurso previo se limita a dos tipos normativos muy concretos, si «existe una propuesta normativa completa, la evaluación legislativa gana y pierde. Gana la posibilidad de aportar información útil al sistema normativo (...), pierde porque (...) es difícil modificar la propuesta legislativa»[29].

Sobre el alcance que podría llegar a tener el recurso previo de inconstitucionalidad podemos recordar la importancia que tiene la claridad de las normas, vinculando esta cuestión a la certeza y al principio constitucional de seguridad jurídica: «los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos exigen que la norma sea clara para que los ciudadanos sepan a qué atenerse ante la misma», y añade, «que no cabe subestimar la importancia que para la certeza del Derecho y la seguridad jurídica tiene el empleo de una depurada técnica jurídica en el proceso de elaboración de las normas»[30]. En esta misma línea, además, ya se había pronunciado el Tribunal Constitucional al indicar que «la exigencia del 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas»[31].

En relación a la calidad material, aunque estamos de acuerdo en que «no se puede pretender un control previo del contenido material de un proyecto de Ley, pues eso es tanto como querer hurtar el debate al Parlamento, o someter a éste a tutelas innecesarias con la excusa de la inconstitucionalidad de un simple proyecto»[32], sí creemos que actualmente se puede entrar a valorar el alcance de la Memoria del análisis de impacto normativo o MAIN. Ciertamente, «el problema central reside en determinar en qué punto preciso la falta de claridad o confusión creada por la norma deja de ser una

29. Bronfman Vargas, Alan, «El sentido de la evaluación legislativa en los sistemas políticos democráticos», en Pardo Falcón, Javier y Pau i Vall, Francesc (Coords.), *La evaluación de las Leyes: XII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Madrid, 2006, p. 53. Puede consultarse también el estudio de Aguado Renedo, Cesar, «El recurso previo de inconstitucionalidad frente a proyectos de Estatutos de Autonomía y de su modificación», *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 38, 2016, pp. 683-699.

30. STC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8.

31. STC 46/1990, de 15 de marzo, FJ 4.

32. Garrido Mayol, Vicente, «Los vicios del procedimiento prelegislativo y su posible incidencia en la validez de la Ley», *Corts: Anuario de Derecho parlamentario*, n.º 15, 2004 (Ejemplar dedicado a: XXV aniversario de la Constitución Española), p. 332.

cuestión de mera técnica legislativa para pasar a convertirse en un asunto constitucionalmente relevante»[33].

La pretensión de que los principios y preceptos constitucionales se erijan en parámetros de validez del resto de las Leyes que integran el ordenamiento, obliga, lógicamente a instaurar procedimientos que garanticen la exclusión de nuestro sistema normativo de aquellas Leyes o actuaciones que no respeten el contenido de la Constitución, o incluso el orden establecido a partir de 1978. La labor que ha llevado a cabo el Tribunal ha sido esencial en nuestro Estado de Derecho, como hemos venido señalando. Ahora bien algún claroscuro está amenazando esa relevante labor. Especialmente preocupante como veremos a continuación en la controvertida actuación del Tribunal sobre los procedimientos de elaboración de las Leyes.

Recordando lo que señala el art. 1 LOTC el Tribunal Constitucional «es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución». Ese papel del Tribunal conlleva una obligación constitucional de juzgar conforme a Derecho y no por motivos ideológicos o morales. Que los tribunales que han de aplicar la constitución puedan tener en cuenta las consecuencias políticas de sus decisiones es una cosa, perfectamente lógica, y otra distinta y rechazable es que la decisión que adopten, incluso tomando en consideración ese factor, no se argumente con razones jurídicas.

Pero esta labor ha generado conflictos, que han trascendido a lo meramente jurídico en tres ámbitos concretos. En primer lugar, en el ámbito del conflicto de atribuciones y con respecto a las Comunidades Autónomas, especialmente a partir de la STC 31/2010 que declaró inconstitucional parte del Estatuto catalán de 2006, situación que se repitió con las SSTC dictadas con posterioridad a los estados de alarma declarados a lo largo de 2020 con motivo de la pandemia del CO*VID*. En segundo lugar, en el ámbito de los derechos fundamentales, que tratan de nuevo acerca de las complejas relaciones entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional, distinguiendo entre relaciones de colaboración y relaciones de control del Tribunal Constitucional respecto de la jurisdicción ordinaria. Y finalmente en tercer lugar, en el ámbito del control de constitucionalidad, en tanto el Tribunal Constitu-

33. Medina Guerrero, Manuel, «El Tribunal Constitucional y los defectos de técnica legislativa», *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 53, 2024, p. 260. La evolución de una cambiante jurisprudencia constitucional puede verse en Medina Guerrero, Manuel, «La conversión del Decreto-Ley en Ley y la práctica de las "normas intrusas"», *Revista Andaluza de Administración Pública,* n.º 79, 2011, pp. 243-253.

cional se ha postulado sobre la labor legislativa y estableciendo en algún caso medidas cautelares relativas a unas enmiendas. A esta última cuestión dedicaremos las páginas siguientes, dejando al margen los otros conflictos.

3. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN A CUESTIONES DE TÉCNICA NORMATIVA: SOBRE LAS «NORMAS INTRUSAS»

Varias resoluciones del pleno del Tribunal Constitucional dictadas a lo largo de 2024 sobre la adopción de medidas cautelares relativas a unas enmiendas legislativas han desatado una guerra política en torno al tribunal (más bien un ataque desmedido desde el Gobierno) a cuenta de una resolución de modesta entidad que corregía una actuación de la mayoría parlamentaria cuyas torpezas e irregularidad (universalmente reconocidas) dejaban escaso margen a los jueces constitucionales.

El Tribunal Constitucional ha dejado claro en múltiples ocasiones que en su actuar no debe realizar juicios acerca de la técnica legislativa, ni de la depuración técnica de las Leyes[34]. En virtud de ese criterio, indica que «el juicio de constitucionalidad no lo es de técnica legislativa»[35], «de modo que no se ocupa, en consecuencia, de cuestiones referidas a la eficacia, conveniencia o acierto técnico de la norma»[36], ni de «perfección técnica de las Leyes»[37], pues su control «nada tiene que ver con su depuración técnica»[38], reiterando el Tribunal que su juicio «es, estrictamente, un juicio sobre reglas de Derecho a partir de la norma superior del Ordenamiento y con arreglo a criterios de interpretación estrictamente jurídicos»[39].

También ha señalado que los requisitos que se exigen en las normas acerca de cómo debe ejercer el Gobierno su iniciativa hacen referencia a «un procedimiento prelegislativo, que sólo podrá suponer un vicio de constitucionalidad formal de la Ley si (...), los fallos en la conformación de esa voluntad gubernamental implican que el Congreso de los Diputados, o el Senado en

34. Muy esclarecedor el estudio que realiza en relación con la técnica legislativa en la jurisprudencia constitucional de García-Escudero Márquez, Piedad, «40 años de técnica legislativa», *Revista de las Cortes Generales*, n.º 104, 2018, pp. 189-210.
35. Entre otras las SSTC 109/1987, de 29 de junio, FJ 3c); 195/1996, de 28 de noviembre, FJ 4; 226/1993, de 8 de julio, FJ 4; 188/2005, de 4 de julio, FJ 4] y 120/2012, de 4 de junio, FJ 3.
36. STC 14/2015, de 5 de febrero, FJ 5.
37. SSTC 226/1993, de 8 de julio, FJ 4.
38. SSTC 226/1993, de 8 de julio, FJ 5; 195/1996, de 28 de noviembre, FJ 4; 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 3.
39. STC 191/2016, de 15 de noviembre, FJ 3.

aquellos supuestos en que sea Cámara de primera lectura, carezcan de los elementos necesarios para pronunciarse sobre esos proyectos»[40].

Por ello, el Tribunal Constitucional «ha sido muy cauteloso hasta el momento» en relación al control de constitucionalidad de la calidad de las Leyes, pero sí sería muy conveniente que realizara una labor «de orientación al legislador» y «advertir en sus sentencias —como ya ha hecho en otras ocasiones— sobre el peligro de determinadas prácticas o formas de legislar, que con mayor o menor éxito fueran concienciando al legislador de que está bordeando una zona peligrosa y debe enderezar su actuación»[41].

El resultado es que nuestro ordenamiento se está plagando de normas con rango de Ley de poca calidad, con graves deficiencias y que, por falta de estudios e informes previos, pueden llegar a producir efectos indeseados o, en su caso, pueden llegar a ser declaradas inconstitucionales. Y eso lo estamos viendo estos últimos tiempos como ha pasado con la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, llamada Ley del «sí es sí», con los efectos indeseados de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, o de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, o como indicábamos con la crisis que se ha suscitado a raíz de la incorporación de unas enmiendas para reformar la Ley Orgánica del Poder Judicial y otra para reformar la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en la tramitación de una proposición de Ley Orgánica para la reforma del Código Penal en lo relativo a la derogación del delito de sedición y a la reducción de la pena para el delito de malversación de fondos públicos.

En este último caso, la admisión de ambas enmiendas dio lugar a la presentación de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, por parte de parlamentarios del Partido Popular, solicitando fueran retiradas por considerarse que habían sido incorporadas con fraude de Ley. En el Auto admitiendo el amparo, el Tribunal Constitucional defiende que tiene competencias para «limitar la capacidad de actuación del legislador cuando este exceda de los márgenes constitucionales, siempre según la interpretación que de los mismos haga (...) este Tribunal». El Tribunal señala que su labor debe ser «comprobar si la tramitación del procedimiento legislativo

40. STC 238/2012, de 13 de diciembre, FJ 3. En el mismo sentido, la ya citada STC 108/1986, de 29 de julio, FJ 3.

41. García-Escudero Márquez, Piedad, *Técnica legislativa y seguridad jurídica ¿Hacia el control constitucional de la calidad de las Leyes?*, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 52.

se ajustó en este caso a los principios que, conforme a su normativa reguladora y a la interpretación que de la misma viene haciendo este Tribunal, han de presidirlo». Y, en este sentido, decide suspender cautelarmente la tramitación parlamentaria de la mencionada Ley [42]. En definitiva, podemos aventurarnos a decir que el Tribunal Constitucional ha actuado como evaluador *ex ante* en este supuesto concreto adoptando medidas cautelares que impidan la admisión de esas enmiendas. Actuar que ha planteado serias dudas sobre la «intromisión» del Tribunal en el hacer parlamentario, antes de que haya «finalizado el procedimiento legislativo» puesto que «no es deseable, ni para el Parlamento ni para el Tribunal Constitucional, su intervención en la vida parlamentaria, que debería restringirse al mínimo posible, sobre todo cuando se afecta a un procedimiento legislativo en curso» [43].

En alguna ocasión el Tribunal Constitucional ya había indicado que «la mera posibilidad de un uso torticero de las normas no puede ser nunca en sí misma motivo bastante para declarar la inconstitucionalidad de éstas, pues, aunque el Estado de Derecho tiende a la sustitución del gobierno de los hombres por el gobierno de las Leyes, no hay ningún legislador, por sabio que sea, capaz de producir Leyes de las que un gobernante no pueda hacer mal uso» [44].

En este sentido el Tribunal Constitucional ha señalado que «si bien lo ideal, por razones de coherencia, sistemática y buena técnica legislativa es evitar la dispersión normativa y abordar la reforma de los procedimientos a través de la revisión del texto de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, no puede derivarse de esa preferencia un juicio de inconstitucionalidad en el caso de que la opción del legislador orgánico sea otra» [45]. Estamos frente a uno de los graves problemas que en la elaboración de las Leyes se está presentando y en los que el Tribunal se ha pronunciado de forma contradictoria como iremos viendo: las «normas intrusas».

---

42. ATC 177/2022, de 19 de diciembre de 2022. Sobre este tema puede también verse Ruiz Dorado, María, «La intervención del Tribunal Constitucional en el procedimiento parlamentario: un comentario al ATC 177/2022 de 19 de diciembre», *Anuario Parlamento y Constitución*, Cortes de Castilla-La Mancha y Universidad de Castilla-La Mancha, n.º 24, 2023, pp. 247-257.
43. García Martínez, M.ª Asunción, «Las garantías de los derechos de los parlamentarios. el caso singular del ATC 177/2022», Revista de las Cortes Generales, n.º 115, 2023, pp. 180-181.
44. STC 58/1982, de 27 de julio, FJ 2, en el mismo sentido SSTC 132/1989, de 18 de julio, FJ 14; 204/1994, de 11 de julio, FJ 6; 235/2000, de 5 de octubre, FJ 5; 134/2006, de 27 de abril, FJ 4 y 238/2012, de 13 de diciembre FJ 7.
45. STC 15/2024, de 30 de enero, FJ 6.

Para conseguir la calidad de la Ley se debe tratar de buscar en la medida de lo posible el respeto a una buena técnica legislativa con una homogeneidad material del texto y evitando en lo posible disposiciones que regulen materias totalmente ajenas a aquélla del texto en su conjunto o la introducción en el mismo de «normas intrusas». Define MEDINA este actuar como un «defecto consistente en incluir en un determinado cuerpo legislativo una norma relativa a una materia ajena a la que constituye el objeto de la Ley, lo que evidentemente puede generar incertidumbre sobre la propia existencia de la norma»[46].

El concepto de «norma intrusa», en definitiva, hace referencia a aquellas disposiciones normativas que se incorporan a un proyecto o proposición de Ley sin guardar una conexión lógica o sistemática con el contenido principal de la Ley, y especialmente grave, es el hecho de que estas disposiciones, a menudo introducidas en enmiendas de última hora, pueden desvirtuar el objeto principal de la Ley y generar incertidumbre jurídica. Por ello, no cabe duda que la incorporación de «normas intrusas» puede vulnerar el principio de seguridad jurídica recogido en el artículo 9.3 de la Constitución Española, ya que los ciudadanos y los propios operadores jurídicos pueden enfrentarse a disposiciones inesperadas que no han sido objeto de un debate público y transparente.

En los últimos años ha proliferado la utilización de las «normas intrusas» y, podemos decir de forma categórica que se están elaborando y aprobando normas de muy dudosa calidad técnica, especialmente por «la no limitación material del contenido de las iniciativas y las enmiendas», lo que entre otras cuestiones han supuesto claros «efectos dañinos para la claridad del ordenamiento y la seguridad jurídica»[47].

Estando de acuerdo con esta cuestión, el Tribunal perdió oportunidad de eliminarlas definitivamente en 2011 pues las avaló, señalando que «el dogma de la deseable homogeneidad de un texto legislativo no es obstáculo insalvable que impida al legislador dictar normas multisectoriales, pues tampoco existe en la Constitución precepto alguno, expreso o implícito, que impida que las Leyes tengan un contenido heterogéneo», salvo en relación a la iniciativa legislativa popular[48]. Se trataba de un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales,

46. Medina Guerrero, Manuel, «El control jurisdiccional de los defectos de técnica legislativa», en Pegoraro, Lucio y Porras Nadales, Antonio Joaquín (ed.), *Qualità normativa e tecnica legislativa. Europa, Stati, enti territoriali*, Bologna, 2003, p. 134.
47. García-Escudero Márquez, Piedad, «La preocupación por la calidad de las Leyes», *Revista Asuntos Constitucionales*, 2022, n.º 2, p. 151.
48. STC 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 3.

administrativas y del orden social, que modificaba sin orden ni concierto setenta y seis Leyes, siete Decretos legislativos y seis Decretos-Leyes, afectando a los más dispares sectores del ordenamiento jurídico. El Tribunal Constitucional señaló que estas Leyes no están sujetas a las limitaciones procedimentales que son propias a los Presupuestos Generales del Estado, considerando que se trata de Leyes ordinarias cuya tramitación habrá de ajustarse a las reglas del procedimiento parlamentario. Esencial en este contexto fue el voto particular del en ese momento Magistrado del Tribunal ARAGÓN señalando que «la admisión y aprobación de enmiendas sin relación con el texto (o textos, en su caso) de una iniciativa legislativa, sino referidas a otras Leyes distintas, supone un evidente fraude a la Constitución —que claramente distingue, como ha quedado expuesto, entre iniciativa y enmienda— conforme hemos tenido ocasión de advertir recientemente en nuestra STC 119/2011, de 5 de julio (corrigiendo la desacertada doctrina anterior de este Tribunal), pues desde la perspectiva constitucional se extrae la exigencia general de conexión u homogeneidad entre las enmiendas y los textos a enmendar»[49].

El Tribunal se había pronunciado en diversas resoluciones acerca de la regularidad constitucional de la admisión de enmiendas que en el transcurso del procedimiento legislativo supongan una alteración sustancial de un proyecto de Ley[50]. En esos pronunciamientos se manifestó en defensa del amplio margen de autonomía y valoración de las Cámaras, señalando que no cabe derivar de la Constitución la existencia de unos límites al alcance de las enmiendas que impidan innovaciones en la finalidad de la iniciativa legislativa, de modo que la negativa a valorar la concurrencia de una conexión material u homogeneidad entre la enmienda y la iniciativa legislativa como requisito de admisibilidad de una enmienda no supondría una infracción de la legalidad parlamentaria[51].

49. Voto particular que formula el Magistrado don Manuel Aragón Reyes respecto de la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad n.º 1390-1999, punto 4.

50. Por primera vez, se pronunció el Tribunal sobre este tema en la STC 99/1987, de 11 de junio desestimando que la desconexión entre la finalidad y objeto de la iniciativa legislativa y las enmiendas presentadas no suponía hurtar al Congreso la competencia para su correcta discusión, abusar de la técnica de la enmienda parcial para disfrazar verdaderas proposiciones de Ley y obtener un cambio legislativo sin intervención plena de las Cámaras. Esta doctrina fue ratificada por el Pleno del Tribunal en la STC 194/2000, de 19 de julio.

51. Similares pronunciamientos se han realizado en otras tres resoluciones del Tribunal, dictadas en procedimientos de amparo interpuestos por la vía del art. 42 LOTC contra decisiones de Mesas de Parlamentos autonómicos: la STC 23/1990, de 15 de febrero, el ATC 275/1993, de 13 de septiembre y, finalmente, el ATC 118/1999, de 10 de mayo.

Pero esa doctrina parecía que iba a ser modificada en 2011, cuando el Tribunal señaló que «toda enmienda parcial tiene que tener un carácter subsidiario o incidental respecto del texto a enmendar, de modo que una vez que una iniciativa ha sido aceptada por la Cámara como texto de deliberación, no cabe alterar su objeto mediante las enmiendas al articulado...No caben enmiendas al articulado ajenas a la materia de la iniciativa, esto es, que no guarden una conexión de homogeneidad mínima con la misma. Cuando el ejercicio del derecho de enmienda al articulado no respete dicha conexión mínima de homogeneidad con el texto enmendado se estará afectando, de modo contrario a la Constitución, al derecho del autor de la iniciativa»[52].

Ahora eso sí, el Tribunal exige que exista «conexión u homogeneidad entre las enmiendas y los textos a enmendar»[53] y añade que «la oportunidad y alcance de la iniciativa legislativa sólo puede cuestionarse a través de las enmiendas a la totalidad, si de un proyecto de Ley se trata, o en el debate de la toma en consideración, para el caso de las proposiciones de Ley», por lo que el tribunal entiende «que, una vez que una iniciativa legislativa ha sido aceptada por la cámara como texto sujeto a deliberación, no cabe alterar su objeto mediante las enmiendas al articulado, por lo que toda enmienda parcial ha de revestir un carácter subsidiario o incidental respecto del texto a enmendar»[54].

Con posterioridad a esta Sentencia el Tribunal ha declarado que «ningún óbice existe desde el punto de vista constitucional que impida o limite la incorporación a un solo texto legislativo para su tramitación conjunta en un solo procedimiento, de multitud de medidas normativas de carácter heterogéneo»[55]. Por ello, la heterogeneidad intrínseca de las «Leyes ómnibus» no está *per se* constitucionalmente proscrita, por contener «preceptos

52. STC 119/2011, de 5 de julio de 2011, FJ 8. La doctrina contenida en la STC 119/2011 y posteriores puede verse en García-Escudero Márquez, Piedad, «De enmiendas homogéneas, Leyes heterogéneas y preceptos intrusos. ¿Es contradictoria la nueva doctrina del Tribunal Constitucional sobre la elaboración de las Leyes?», *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 31, 2013, pp. 199-236.

53. SSTC 119/2011, de 5 de julio, FJ 6; 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 7; 234/2012, de 13 de diciembre, FJ 4; y 4/2018, de 22 de enero, FJ 4.

54. STC 70/2018, de 21 de junio, FJ 6.

55. Así se pronuncian las SSTC 136/2011, de 13 de septiembre; 176/2011, de 8 de noviembre; 120/2012, de 4 de junio; 209/212, de 4 de junio; y 161/2019, de 12 de diciembre. Sobre esta última *vid.* El interesante comentario de Ripollés Serrano, M.ª Rosa, «Las Leyes ómnibus no quiebran per se el principio de seguridad jurídica. Inconstitucionalidad indirecta por contravención de normativa estatal básica. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 161/2019, de 12 de diciembre de 2019», *Revista de las Cortes* Generales, n.º 108, 2020, pp. 377-396.

en muchas materia y sectores por muy desaconsejable que tal práctica parezca técnicamente»[56].

4. A MODO DE SÍNTESIS

El Tribunal se ha autolimitado en el campo de la técnica legislativa y de la calidad de las Leyes para respetar la capacidad de configuración que se le reconoce al legislador, dado que el legislador democrático no se limita a ejecutar la Constitución, sino que está constitucionalmente legitimado para tomar todas aquellas medidas que, en un marco caracterizado por el pluralismo político, no vulneren los límites que se derivan de la propia Constitución[57]. Un examen desde la corrección técnica podría alterar el sistema de pesos y contrapesos recíprocos entre el Tribunal Constitucional y el legislador, abriendo un campo de actuación a aquél que podría acabar por restringir indebidamente el ámbito de libre configuración del Parlamento. Sin olvidar, además, que tampoco existe un canon de control de la constitucionalidad desde dicha perspectiva de la calidad en la medida que no lo existe desde una perspectiva material[58]. Esta posición de práctica dejación del control constitucional resulta ciertamente sorprendente, sobre todo, si se recuerda la directa conexión de la técnica legislativa con el principio de seguridad jurídica que consagra el artículo 9.3 de la Constitución y de éste con la libertad, más allá de las normas de naturaleza estrictamente penal o sancionadora.

Recordemos que se acomoda a la seguridad jurídica la norma que «aparece redactada con la suficiente claridad como para eliminar cualquier sombra de incertidumbre acerca de su contenido y alcance»[59]. Y así, las «normas intrusas» plantean importantes desafíos para el Estado de Derecho, la seguridad jurídica y la calidad democrática del sistema legislativo español. La doctrina del Tribunal Constitucional ha sido clara en subrayar la necesidad de respetar el procedimiento legislativo y garantizar que todas las disposiciones normativas sean objeto de un debate público adecuado.

Con carácter general, «la jurisprudencia constitucional ha facilitado que se haya producido un cierto avance en la mitigación de la práctica de las Leyes heterogéneas. Pero esto sólo es perceptible en aquellos supuestos en que la heterogeneidad de la Ley no es, por decirlo así, una deficiencia de

56. STC 199/2015, de 24 de septiembre, FJ 3, citando la STC 102/2012, de 4 de junio.
57. En este sentido STC 49/2008, FJ 4. Vid. también García-Escudero Márquez, Piedad, *Técnica legislativa y seguridad jurídica…*, cit., pp. 25 y 96 y 97.
58. Gómez Corona, Esperanza, *Las Cortes Generales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2008, p. 133.
59. SSTC 235/2000, FJ 8 y 26/2002, FJ 5.

origen presente ya en el proyecto o proposición de Ley, sino que es una deficiencia sobrevenida a raíz de la aprobación de enmiendas que no guardan una relación directa con la materia regulada en el correspondiente proyecto o proposición. Por el contrario, muy poco —prácticamente nada— es lo que se ha avanzado para atajar esta práctica cuando la heterogeneidad está ya en la iniciativa legislativa»[60].

Sin embargo, el fenómeno de las «normas intrusas» sigue siendo una cuestión recurrente en el proceso legislativo español, lo que ha llevado a la formulación de diversas propuestas de reforma destinadas a limitar su impacto y reforzar el control democrático sobre el contenido de las Leyes. Se ha señalado que «una de las propuestas más recurrentes en la doctrina es la reforma del Reglamento del Congreso de los Diputados y del Senado para establecer procedimientos más estrictos que limiten la introducción de enmiendas de última hora que no guarden relación con la materia principal de la Ley. Esta reforma podría incluir la obligación de justificar debidamente la inclusión de disposiciones adicionales y la exigencia de que todas las enmiendas sean objeto de un debate público suficiente»[61]. Otra propuesta es la creación de un mecanismo de control parlamentario específico para las «normas intrusas», que permita a los grupos parlamentarios impugnar la inclusión de disposiciones que no hayan sido objeto de un debate adecuado.

El futuro del control de las «normas intrusas» dependerá en gran medida de la capacidad del legislador y del Tribunal Constitucional para adoptar medidas que garanticen la transparencia legislativa y el respeto a los principios constitucionales. Solo a través de un proceso legislativo transparente y participativo se podrá garantizar que las Leyes reflejen de manera fiel la voluntad democrática y respeten los derechos fundamentales de los ciudadanos. Hay que tener cuidado pues «no contribuye precisamente a afianzar el futuro de cualquier Tribunal Constitucional (incluido el nuestro) el hecho, criticable, de que se trasladen, permanentemente, a él conflictos políticos que deben tener su solución en otras instancias, pues, sin perjuicio del derecho innegable, e incluso la obligación, de impugnar Leyes (u otras normas y actos) por razones de inconstitucionalidad, parecería un manifiesto abuso convertir a la jurisdicción constitucional en una especie de tercera Cámara»[62].

60. Medina Guerrero, Manuel, «El Tribunal Constitucional y los defectos de técnica legislativa…», cit., p. 264.
61. García-Escudero Márquez, Piedad, «De enmiendas homogéneas, Leyes heterogéneas y preceptos intrusos…», cit., p. 218.
62. Aragón Reyes, Manuel, *op. cit.*, p. 40.

Hemos dejado al margen de nuestro estudio otros problemas serios que se están presentando en cuanto a la calidad normativa. Estamos hablando de «fenómenos como la proliferación extraordinaria de las normas, la creciente variedad de tipos legislativos, las urgencias y modificaciones constantes, con la consiguiente inestabilidad y fugacidad, la difusa delimitación entre las Leyes y los reglamentos, la extensión de las Leyes acto y el arrinconamiento de los códigos, la generalización de las Leyes ómnibus, etc»[63]. Entre todos estos riesgos son cada vez más frecuentes las denominadas Leyes ómnibus, «aquellas cuyo objeto lo constituye la modificación de cierto número de Leyes (frecuentemente elevado) unidas o no por razones de política coyuntural o por la materia, son las más denostadas por su carácter perjudicial para el ordenamiento, dada la confusión que en él introducen. Su ejemplo más característico lo constituyen las Leyes de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que año tras año durante una década han ido modificando varias decenas de Leyes del ordenamiento estatal y que perviven en el ámbito autonómico, así como más o menos disfrazadas en aquel»[64].

En España al contrario de lo que sucede en otros países estamos asistiendo a un proceso en virtud del cual se pierde la imparcialidad de los órganos que intervienen en ese proceso y la práctica política, alentada por necesidades de gobierno ha ido desarrollando formas de pensar y de hacer que empiezan a amenazar seriamente las grandes declaraciones constitucionales que construyeron los autores de los primeros textos solemnes del mundo contemporáneo. El progresivo fortalecimiento del poder ejecutivo y la influencia de los partidos están diseñando una nueva democracia orientada hacia la gestión de los acuerdos parlamentarios y extraparlamentarios de las fuerzas políticas. La consecuencia es una actividad política dedicada a la administración de la dinámica consenso-disenso y de aspectos concretos de la acción pública, mientras que los fundamentos constitucionales de la modernidad se diluyen en frases preparadas para la propaganda política. Por otra parte, los Tribunales Constitucionales están jugando un papel esencial en los sistemas democráticos pues «su desbordada preponderancia en un contexto global de erosión democrática los ha posicionado actualmente como «la rama más amenazada» por los asaltos populistas y

63. Astarloa Huarte-Mendicoa, Ignacio, «Reivindicación de la Ley y exigencias consecuentes para el legislador de nuestro tiempo», *Revista de las Cortes Generales,* n.º 110, 2021, p. 67.

64. García-Escudero Márquez, Piedad, «De enmiendas homogéneas, Leyes heterogéneas y preceptos intrusos…», cit., p. 218.

autocráticos que muchas instituciones judiciales están sufriendo a nivel global»[65] (Bezemek y Roznai 2023).

Es importante que en el papel de las Cortes Generales y en la necesidad de mejorar la calidad de las Leyes se introduzcan avances y muy especialmente se destaca cada vez más «la conveniencia de introducir tanto técnicas de evaluación previa de la repercusión jurídica, social y económica que puede tener cada iniciativa, como de medición *a posteriori* de la incidencia real de la misma y del grado de eficacia de sus mandatos y de cumplimiento de la legislación aprobada»[66].

En cualquier caso, volviendo a lo que ya hemos señalado la seguridad jurídica constituye un valor esencial para el funcionamiento del Estado de Derecho, garante máximo de la libertad y, además, un valor vinculado a la estabilidad social. Esto significa que, siendo la libertad la máxima aspiración del individuo y de la colectividad, el Derecho en su conjunto debe afinar sus cualidades formales y sustantivas, sin relegar su eficacia. La seguridad jurídica convierte en valor axiomático esa necesidad y pasa de este modo a inspirar la vida jurídica entera, desde que la norma se proyecta y elabora hasta que se aplica. Durante mucho tiempo, los Tribunales Constitucionales y, por supuesto, también el español, han actuado con cautela al ejercer sus facultades revisoras en este ámbito. Por ello, las declaraciones de inconstitucionalidad han sido excepcionales, salvo en aquellos casos en los que la falta de certeza de la norma está directamente vinculada con el contenido protegido por un derecho fundamental específico, en particular, el derecho a la legalidad penal. En nuestro caso solo en un par de ocasiones el Tribunal Constitucional ha «llegado a la convicción de que la norma objeto de control adoleciera de esa "incertidumbre razonablemente insuperable" que denota la vulneración del principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 CE (SSTC 46/1990 y 234/2012)»[67].

Es claro y esencial el papel que debe jugar el Tribunal Constitucional en relación a la Ley, pero también es esencial recordar que el Parlamento debe arrogarse la indiscutible responsabilidad de asegurar que la Ley se consolide como el gran instrumento de convivencia que debe ser en el siglo XXI, adaptándose a los nuevos y exigentes retos que enfrenta la labor legislativa. Si esto no sucede, nadie podrá reemplazarlo en esta función y estaremos ante una gran crisis.

65. Bezemek, Christoph y Roznai, Yaniv, «Introduction: The Most Endangered Branch», *ICL Journal*, n.º 17 (3), p. 206.
66. Astarloa Huarte-Mendicoa, Ignacio, «Parlamento, Gobierno, Ley y Reglamento, cuarenta años después», *Corts: Anuario de derecho parlamentario, n.º 31 Extra*, 2018, p. 172.
67. Medina Guerrero, Manuel, «La conversión del Decreto-Ley en Ley …», cit., p. 271.

En este sentido, cabe apuntar también la hegemonía que ha adquirido el ejecutivo frente al legislativo, habiendo el primero absorbido la principal función de producción de las normas (cuantitativamente el número de reglamentos aprobados es muy superior al de Leyes), a lo que hay que añadir la posibilidad constitucionalmente prevista (y en algunos casos también estatutariamente) de que el Gobierno dicte dictar normas con rango de Ley (Decretos-Leyes y Decretos legislativos). A ello hay que añadir el creciente protagonismo del Gobierno en cuanto a la iniciativa parlamentaria para la tramitación de Leyes.

Frente al robustecimiento de la función normativa del Ejecutivo, la Ley parece haber quedado como mero marco regulador, contemplando un conjunto de previsiones concretas de aplicación inmediata y que no responde a la pretensión de generalidad y perdurabilidad con la que las normas legales se concebían en otros momentos. Hay que destacar que los cambios constitucionales que han tenido lugar en relación con la distribución de las atribuciones entre los poderes públicos suponen que, en los Estados actuales, el planteamiento clásico, que atribuía las funciones, legislativa, ejecutiva y judicial a tres órganos distintos, resulta ahora insuficiente. Por una parte, porque la identificación de los poderes legislativo y ejecutivo debilita la eficacia de los controles del primero sobre el segundo. Así los que apoyan al Gobierno en las Cortes permiten que la iniciativa gubernamental siga adelante y la oposición interviene escasamente en el proceso de elaboración de las normas salvo en lo que pueda influir en la medida de su representación. Por otra, porque los compromisos del Estado social han convertido a las Administraciones públicas en verdaderos centros de poder. Razones que suponen que el equilibrio constitucional se fundamenta en una pluralidad de órganos que ejercen parcelas de poder y en la necesidad de que surjan nuevos mecanismos de control que garanticen el Estado de Derecho.

Capítulo 13

Madrid y Karlsruhe: dos precedentes en la imposición de límites a la soberanía «procedimental» ex ante del Parlamento moderno

Carlos Sánchez de Pazos Peigneux
Profesor Ayudante Doctor Derecho Constitucional
Universidad rey Juan Carlos

SUMARIO: 1. LA CRISIS DEL PRINCIPIO DE SOBERANÍA PARLAMENTARIA. 2. UN ÚLTIMO REDUCTO DE LA SOBERANÍA PARLAMENTARIA EN ENTREDICHO: LA SOBERANÍA «PROCEDIMENTAL» *EX ANTE* DEL PARLAMENTO COMO MANIFESTACIÓN ESPECÍFICA DE LA AUTONOMÍA PARLAMENTARIA. 3. DOS RESOLUCIONES CON IDÉNTICO ESPÍRITU Y UN CONTEXTO RADICALMENTE DIFERENTE: ANÁLISIS COMPARATIVO DEL ATC 177/2022 Y LA DECISIÓN DE 5 DE JULIO DEL TCFA. *3.1. Diferencias y coincidencias apreciables prima facie. 3.2. Breve aproximación a las circunstancias fácticas relevantes de ambos supuestos. 3.3. Examen de los pronunciamientos esenciales de ambas resoluciones respecto de la intervención cautelar de la jurisdicción constitucional en el procedimiento legislativo.* 4. CONSIDERACIONES FINALES. UN POSIBLE PRINCIPIO DEL FIN DE LA SOBERANÍA PROCEDIMENTAL «*EX ANTE*» DEL PARLAMENTO MODERNO.

1. LA CRISIS DEL PRINCIPIO DE SOBERANÍA PARLAMENTARIA

Europa asistió en los años 20 del siglo pasado, a través de Kelsen y su Tribunal Constitucional austríaco, a un cambio de paradigma en la democracia constitucional. Dicha década traería el comienzo del fin del principio de soberanía parlamentaria; un principio hoy sólo presente en el Viejo Continente, y no sin ciertos matices, en el Reino Unido. El «eficiente secreto» de la Constitución británica, descrito por BAGEHOT como esa «*cercana unión, casi fusión*» entre Gobierno y Parlamento que caracteriza el sistema parlamentario cruzaría el Canal de La Mancha para convertirse, aún hoy, en la norma en la Europa continental. Y, sin embargo, su inicialmente inseparable principio de soberanía parlamentaria (conforme al cual el Parlamento «todo lo puede»[1]) sería progresivamente abandonado por nuestras democracias a lo largo del siglo pasado, venciendo afortunadamente en esta «apasionada» pugna, en el largo plazo, los argumentos de Hans Kelsen frente a los de Karl Schmitt (PETTA)[2].

Naturalmente, es por todos conocido que el control de la constitucionalidad de las leyes no encontró su primera manifestación en Europa, sino en los Estados Unidos de América. Kelsen se limitó a perfeccionar el preexistente modelo de control difuso norteamericano (desplegable por cualquier órgano judicial y que tan sólo admite la inaplicación *ad hoc* de la norma constitucional en el caso concreto) por un sistema indudablemente más favorable al principio de seguridad jurídica: un control concentrado. El triunfo de este sistema se materializaría en su implementación, con diversas variantes, en la generalidad de las democracias europeas, enterrando la idea del Parlamento sacro e inmune al Derecho en su representación de la ciudadanía. El Parlamento mantendría en adelante, como piedra angular del Estado democrático —y tanto más en el sistema parlamentario—, la inviolabilidad e independencia inherentes a su labor representativa, pero las leyes de éste emanadas perderían su carácter supremo e intocable. La soberanía nacional se trasladaba al pueblo y se traduciría en una Constitución escrita, dotada, con diversas variantes, de un guardián a caballo entre el poder constituyente y los poderes constituidos: el Tribunal Constitucional.

El sometimiento de los parlamentos a la Constitución normativa es hoy en día, por lo tanto, la norma en Europa, y la soberanía parlamentaria una

1. Así se confirmaría judicialmente en 1653, por vez primera, en el conocido como *Captain Streater's Case*, 1653, en que se reconocería la necesidad de dicho sometimiento judicial bajo la lógica —difícilmente discutible entonces— de que, en otro caso, se ingresaría en un bucle de legitimidades sin solución aparente.
2. Petta, Paolo, «Schmitt, Kelsen e il custode della costituzione», en *Storia e Política*, Vol. 16 (3), Casa Editrice Dott. A. Giuffre, Milano ,1977, pp. 505-552.

de otras tantas excepciones británicas, por cierto, cada vez menos absoluta. De hecho, paulatinamente —esto es, a la manera inglesa en Derecho Constitucional, *slowly but surely*— la Constitución británica ha ido configurando una serie de límites a este principio otrora absoluto, hasta el punto de defender algunos autores que nos encontramos en un nuevo escenario: la «nueva Constitución británica» (BOGDANOR)[3]. El elenco de supuestos capaces de vencer o matizar el generalmente ilimitado poder del Parlamento no ha desaparecido con el Brexit y el repliegue del Tribunal de Justicia al otro lado del Canal de la Mancha. Tras la retirada de la Unión (cuyo Derecho la propia Cámara de los Lores, otrora suprema instancia jurisdiccional, reconociera como un auténtico límite a la soberanía del Parlamento en el paradigmático caso *Factortame*), han permanecido, entre otras, las exigencias del principio «relativo» del Rule of Law, del Convenio de Roma y su específica Ley de protección sólo derogable expresamente (*Human Rights Act*) y, muy especialmente, las consecuencias derivadas del reconocimiento de los llamados «límites en cuanto al procedimiento» (*R (Jackson) v Attorney General*), que abren la puerta incluso a una eventual y futura, sin duda recomendable, Constitución escrita.

A mayor abundamiento, y en línea con el devenir de los tiempos, otra derrota de esta concepción Schmittiana de la democracia representativa ha tenido lugar recientemente en el caso de Israel. Debiendo recordarse que dicho Estado, que carece de Constitución «formal» propiamente dicha, se rige por una serie de Leyes Fundamentales que disciplinan entre otros el funcionamiento de los poderes del Estado —normas superiores al resto del ordenamiento, sí, pero siempre modificables por el Parlamento de Israel o *Knesset*—, la reciente y polémica modificación de la Ley Fundamental del Poder Judicial (*Basic Law: The Judiciary*) se saldaría con la revolucionaria *Sentencia Movement for Quality Government v. Knesset* del Tribunal Supremo, a través de la cual se declaró nula la reforma examinada por contravenir el principio democrático inherente a la Declaración de Independencia (y, en particular, de sus inherentes e irrenunciables principios de separación de poderes y Estado Derecho —*Rule of Law*—), declarándose por tanto la extralimitación de la *Knesset* en su autoridad constituyente que, como se encargó de subrayar el Tribunal, no es absoluta. Se trata, por lo tanto, de la última derrota del principio de soberanía parlamentaria, ni siquiera presente ya en su concepción absoluta en los escasos Estados carentes de constitución propiamente dicha, lo que, en definitiva, revela el triunfo del Derecho en su lucha por normativizar la convivencia en las sociedades pluralistas.

3. Bogdanor, Vernon, *The New British Constitution*, Hart Publishing, Oxford, 2009.

Consecuentemente, transcurridos cien años desde su primera experiencia en Austria, puede afirmarse que el advenimiento de los tribunales constitucionales ha transformado nuestras democracias con carácter aparentemente irreversible. Si, en el marco de la general evolución del constitucionalismo hacia una deseable *juristocracia* (HIRSCHL)[4] el legislador transitaría desde su previa y plenipotenciaria posición de «dueño del Derecho» a la más modesta de «dueño de la ley» (ZAGREBELSKY)[5], sería, muy especialmente, por encontrase ahora también sometido también a la Constitución. Un principio reconocido en el artículo 9.1 de la Carta Magna, cuya normatividad ha venido a sustituir el principio de soberanía parlamentaria por otro principio con pretensión absoluta, indudablemente más acorde a las exigencias de la democracia pluralista: el principio de supremacía constitucional.

2. UN ÚLTIMO REDUCTO DE LA SOBERANÍA PARLAMENTARIA EN ENTREDICHO: LA SOBERANÍA «PROCEDIMENTAL» *EX ANTE* DEL PARLAMENTO COMO MANIFESTACIÓN ESPECÍFICA DE LA AUTONOMÍA PARLAMENTARIA

1. Sentado el sometimiento del Parlamento —o, en nuestro caso, más concretamente de, «los Parlamentos»— a la Constitución, esta circunstancia puede manifestarse en Derecho de múltiples formas, íntimamente relacionadas con los cauces disponibles para impugnar las decisiones parlamentarias.

Así, junto al control de constitucionalidad de las leyes, presente en sus diversas formas en la generalidad de los casos, algunos ordenamientos como el alemán, el austríaco y el nuestro propio reconocen también la posibilidad de cuestionar, en supuestos excepcionales, la conformidad a la Constitución de las decisiones parlamentarias sin valor de ley. En definitiva, en estos ordenamientos se añade a la posibilidad de cuestionar la constitucionalidad de las leyes emanadas del Parlamento la de cuestionar también la propia constitucionalidad —en ocasiones tan sólo en términos iusfundamentales— de los actos parlamentarios, lo que nos lleva a afirmar que el sometimiento del Parlamento a la Constitución es, estos supuestos, aún más rotundo desde una perspectiva práctica.

2. En España, el cauce previsto a este respecto es el recurso de amparo, que permite someter al Tribunal Constitucional las eventuales violaciones,

4. Hirschl, Ran, *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, Harvard University Press, Massachusetts, 2004.
5. Zagrebelsky, Gustavo, *Il diritto mite*: *legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, p. 154.

por los actos parlamentarios —art. 42 LOTC—, de los derechos fundamentales incardinados en el núcleo esencial reconocido en el artículo 53.2 CE. Una vía cada vez más transitada, como revelan las sucesivas memorias anuales del Tribunal Constitucional, en las que se observa el creciente recurso a estos amparos parlamentarios que ha dado también lugar (como resultado de una razonablemente generosa interpretación del Tribunal sobre su especial trascendencia constitucional) a un abultado y también creciente número de sentencias en la materia, particularmente en la última década[6].

La existencia de esta posibilidad impugnatoria adicional no implica, por necesidad, que los vicios procedimentales de los que eventualmente adolezca la tramitación de una ley (derivados, como es lógico, de resoluciones parlamentarias adoptadas en el marco de dicha tramitación) no puedan ponerse de manifiesto con ocasión del propio control de constitucionalidad. Naturalmente, el sometimiento del Parlamento a la Constitución ha implicado también desde el comienzo un sometimiento a las normas sobre el procedimiento, cuyo incumplimiento puede provocar en la generalidad de los casos, con tanto o mayor motivo que la incompatibilidad material con la Carta Magna, la expulsión de la ley concernida del ordenamiento jurídico. A mayor abundamiento, en la práctica no resulta extraño que ambos cauces impugnatorios se interpongan, de hecho, simultáneamente por aquellos parlamentarios que cuestionan la constitucionalidad del texto final de la ley pero que, al tiempo, consideran que su tramitación legislativa ha infringido sus derechos.

Lo cierto es que la coexistencia de estas dos vías de recurso se ha aceptado en nuestro caso de forma pacífica a lo largo de las pasadas décadas, sin generar problemática reseñable, en esencia por obra de una particular circunstancia: hasta reciente fecha, en la práctica totalidad de los casos la intervención del Tribunal Constitucional se produjo, tanto en los recursos de inconstitucionalidad como en los de amparo (o, en su caso, en ambos), con posterioridad a la conclusión de la tramitación parlamentaria concernida[7]. Dicho de otro modo, se optase en el caso concreto bien por uno u otro procedimiento como cauce para denunciar las vulneraciones «formales» de derechos, la respuesta definitiva del Tribunal arribaría una vez aprobada y

6. A título meramente ejemplificativo, dichas memorias revelan que en el año 2022 se interpusieron 32 recursos de amparo parlamentarios, oscilando en los cinco años inmediatamente anteriores entre los 25 y los 29. Cifras que contrastan con los datos de comienzos de siglo, en que el número de estos recursos era sustancialmente menor, con 0 recursos en el año 2000, 12 en 2001, 4 en 2002, 14 en 2003 y 5 en 2004.

7. Con la exclusiva excepción, oportunamente resaltada recientemente por RODRÍGUEZ-PATRÓN, de las SSTC 224 y 225/2016, de 19 de diciembre.

publicada la ley en cuestión, e incluso habitualmente concluida incluso la legislatura en curso. Por lo tanto, y sin perjuicio de la siempre posible intervención *a posteriori* del Tribunal Constitucional, a lo largo de las últimas cuatro décadas los órganos parlamentarios españoles se acostumbrarían a adoptar sus decisiones en el curso del procedimiento legislativo en un contexto de plena e incontestada autonomía. Esto es, sin que ninguna de las decisiones adoptadas en el transcurso del procedimiento legislativo diesen lugar a una intervención del Tribunal hasta la definitiva aprobación del texto.

3. Así las cosas, no debe sorprender la cristalización, con el transcurso del tiempo, de un cierto mito: el de la intangibilidad *ex ante* de los actos adoptados en el curso del procedimiento parlamentario, cuyo reverso sería correlativa incapacidad del Tribunal Constitucional para intervenir con anterioridad a la conclusión del procedimiento legislativo.

En cierto modo, esta tesis pareciera destilar una cierta y nostálgica añoranza por un Parlamento sin límites, pues aun aceptándose el control de constitucionalidad *ex post* de las leyes, se preconiza y ensalza la absoluta e ilimitada inmunidad de todas las decisiones adoptadas por los órganos parlamentarios en su función legislativa hasta el preciso momento en que el texto haya abandonado definitivamente las Cámaras.

Nos encontraríamos, desde esta óptica, ante una suerte de «último reducto» del viejo principio de soberanía parlamentaria; una vertiente específica todavía irreductible al general naufragio de dicho principio y que, para evitar confusiones, podríamos denominar, salvadas las evidentes distancias, como «soberanía procedimental *ex ante*». Y es que, en este sentido, si bien uno de los votos particulares opuestos a esta potestad cautelar en el relevantísimo ATC 177/2022 —que seguidamente trataremos— dedica una referencia explícita a la «*soberanía parlamentaria*» como «*eje fundamental del mantenimiento y garantía del Estado de Derecho*» (aptdo. d.2 del tercer voto particular), de su contexto se desprende una clara pretensión de referirse a algo más similar a la noción de «autonomía parlamentaria». El debate, claramente, no orbita —pues resultaría absurdo ante el claro tenor de la Constitución— en torno a si el Parlamento es todavía soberano y sus decisiones inviolables, sino más en torno a si la intervención por el Tribunal Constitucional en relación con un procedimiento legislativo puede tomar lugar con anterioridad a su conclusión o, por el contrario, única y exclusivamente *ex post*.

4. En el caso español, la respuesta es clara en cuanto se refiere a los procedimientos de control de constitucionalidad, en los que sencillamente no

cabe iniciar el procedimiento sin la previa publicación de la norma impugnada: en el caso del recurso, por comenzar el plazo con dicha publicación (art. 33 LOTC) y, en cuanto se refiere a la cuestión, por dirigirse la misma contra una norma que debe ser «*aplicable al caso*» (art. 35 LOTC) y, por lo tanto, encontrarse indefectiblemente en vigor, lo que requiere de su previa publicación por imperativo constitucional (art. 9.3 CE). En fin, lo mismo cabe decir en el caso del llamado recurso «previo» de inconstitucionalidad, pues tanto en su concepción primigenia como en la modalidad hoy subsistente (art. 79.4 LOTC) el control se efectúa por el Tribunal Constitucional, ciertamente, con anterioridad a la entrada en vigor de la norma, pero en todo caso una vez concluido el procedimiento legislativo[8].

Por el contrario, la situación del recurso de amparo es muy distinta. Y es que pudiendo promoverse el recurso, *ex art*. 42 LOTC, tan pronto como los actos parlamentarios recurridos sean firmes con arreglo a las normas internas de la Cámara, la eventual intervención del Tribunal Constitucional con anterioridad a la finalización del procedimiento legislativo, comoquiera que extraña, nunca se ha descartado expresamente. Ello se debe probablemente a que, al menos a la luz de la estricta literalidad de la LOTC, no sólo no existen preceptos que permitan descartarla, sino que dicha intervención llegaría incluso a producirse con anterioridad al ATC 177/2022, si bien mediante resolución del amparo y no a través de una intervención cautelar[9]. De hecho, tanto de esta posibilidad como de su efectiva materialización práctica extraen atinadamente algunos autores (véanse, respectivamente, SIMÓN YARZA[10] y RODRÍGUEZ-PATRÓN[11]) un argumento en pro de la viabilidad de una intervención cautelar en este ámbito, que no sólo encuentra su justificación en la exigible efectividad del recurso de amparo sino también, huelga decir, en la lógica conclusión de que quien puede lo más —anular— puede también lo menos —suspender—.

Así las cosas, en realidad, la práctica inexistencia de precedentes en este sentido es imputable a la conjunción de dos circunstancias: (a) por un lado, a la habitual y ordinaria conclusión previa del procedimiento legislativo

8. Respecto de la declaración previa en cuanto a Tratados Internacionales, véase lo dispuesto por el artículo 78 LOTC.
9. Cabe destacar de nuevo los pronunciamientos anulatorios del Tribunal Constitucional respecto de determinados actos del Parlamento catalán, con ocasión de las SSTC 224 y 225/2016, de 19 de diciembre.
10. Simón Yarza, Fernando, «Suspensión de la ley y recurso de inconstitucionalidad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 129, 2023, pp. 79-115.
11. Rodríguez-Patrón, Patricia, «El Auto del Tribunal Constitucional 177/2022, de 19 de diciembre (y sus votos particulares), a la luz de la decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán de 5 de julio de 2023», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 131, pp. 299-331.

frente al recurso de amparo, más dilatado en el tiempo, que comúnmente provoca que la sentencia se dicte una vez concluida la tramitación parlamentaria; (b) por otro, a la renuncia del Tribunal Constitucional a conceder medidas cautelares hasta reciente fecha en los muy escasos supuestos, ninguno idéntico —como veremos—, en que se ha conocido de esta pretensión, y entre las mismas muy en particular la suspensión de las resoluciones parlamentarias recurridas. Por supuesto, a este último respecto debe subrayarse que nos referimos a aquellos amparos que versan sobre vulneraciones sustanciadas en el marco de un procedimiento legislativo, existiendo un claro precedente de suspensión cautelar en el ATC 134/2017 (adoptado incluso inaudita parte), si bien cabe destacar que, en el caso, se trataba de un acto no integrado en un procedimiento legislativo.

En este último ámbito, conviene recordar la existencia de una norma general de no suspensión de los actos recurridos (art. 56.1 LOTC), dotada no obstante una clara excepción: la tutela cautelar recogida en el artículo 56.2 de la LOTC, dirigida a evitar que el recurso de amparo pierda su finalidad. El precepto, recordemos, se refiere a la eventual suspensión de la ejecutividad del «acto o sentencia» impugnado, sin diferenciación o excepción alguna respecto de los recursos de amparo parlamentarios, lo que *prima facie* no parece impedir, sino al contrario permitir, la intervención cautelar del Tribunal Constitucional también en este ámbito. Y, sin embargo, debe insistirse en el carácter inédito de una intervención cautelar similar, a través del cual la jurisdicción constitucional haya interferido cautelarmente en recursos relativos a actos dictados en el marco de un procedimiento legislativo.

5. En fin, como se ha anticipado, la inexistencia de precedentes se ha interpretado por algunos como un cierto autorreconocimiento del Tribunal de su incapacidad para una intervención de este tipo, en virtud de principio de autonomía parlamentaria, cuando en realidad puede mejor atribuirse, en atenta mirada, a una combinación entre la escasez —o, según se mire, directa ausencia— de ocasiones propicias para ello, en conexión con la prudente negativa de los tribunales constitucionales a interferir, donde ello pueda evitarse, en la ordinaria y deseable autonomía parlamentaria.

6. Esta visión, que parece defender lo que hemos calificado de soberanía procedimental *ex ante*, se ha visto sin embargo cuestionada recientemente por dos novedosas y sonadas resoluciones en que, tanto en España como en Alemania, los tribunales constitucionales han venido a confirmar su potestad para ejercer la tutela cautelar en el marco de los recursos de amparo parlamentarios, donde concurran los presupuestos, incluso donde ello implique intervenir en un procedimiento parlamentario en curso. Nos refe-

rimos por supuesto al muy sonado Auto 177/2022, de 19 de diciembre, del Pleno de nuestro Tribunal Constitucional español, así como a la Decisión de 5 de julio de 2023 del *Bundesverfassungsgericht* —2 BvE 4/23—, adoptadas con tan sólo seis meses de distancia entre una y otra.

En ambos supuestos, provistos de importantes similitudes, pero también de notables diferencias, el Tribunal Constitucional otorgaría la tutela cautelar solicitada, pese a afirmar su excepcionalísima potestad de intervención en este ámbito, por entender que concurrían los presupuestos para ello a la vista del abuso imputable a los órganos parlamentarios en el caso concreto. Similarmente, en los dos supuestos el Parlamento desplegaría una apasionada defensa dialéctica de su autonomía «procedimental» frente al Tribunal Constitucional, cuestionando la viabilidad de la intervención del órgano constitucional en el procedimiento legislativo en curso. Pero también, en sendas resoluciones, descartándose un carácter absoluto de dicha autonomía, la intervención del Tribunal se justificaría en la limitada afectación de dicha potestad legislativa, en ponderación con los irreparables efectos de su no intervención para el derecho de los recurrentes.

Del examen conjunto que seguidamente se desarrolla se desprenden importantes coincidencias entre ambas sonadas resoluciones, que destacan por vehicular el rechazo por el Tribunal Constitucional a la existencia del mentado principio de soberanía procedimental *ex ante* del Parlamento, acordándose en el caso concreto la intervención cautelar en el procedimiento legislativo en curso.

3. DOS RESOLUCIONES CON IDÉNTICO ESPÍRITU Y UN CONTEXTO RADICALMENTE DIFERENTE: ANÁLISIS COMPARATIVO DEL ATC 177/2022 Y LA DECISIÓN DE 5 DE JULIO DEL TCFA

3.1. DIFERENCIAS Y COINCIDENCIAS APRECIABLES *PRIMA FACIE*

1. Un examen comparado de sendas resoluciones permite apreciar que, aunque originadas en el marco de contextos radicalmente diferentes, ambas comparten junto a su novedad un mismo espíritu en su aproximación al *thema decidendi*. Y es que, como veremos, expresan una innegable sintonía en su respuesta a las cuestiones de relevancia constitucional examinadas, aquellas que trascienden del caso para sentar principios de aplicación general susceptibles de aplicarse de nuevo en el futuro.

2. Comenzando por sus diferencias, destaca el muy diverso contexto en que toma forma la intervención de la jurisdicción constitucional, que difiere relevantemente en no pocos elementos relevantes. Ciertamente, ambos pro-

nunciamientos intervienen cautelarmente, en el marco de recursos interpuestos por parlamentarios en defensa su estatuto de derechos como representantes, frente a actos adoptados por los órganos del Parlamento en relación con la presentación de enmiendas por la mayoría parlamentaria; actos adoptados en el seno de un procedimiento legislativo que, destacablemente, se encontraba en curso en el momento de la intervención. Y sin embargo, sus elementos comunes en cuanto al contexto concluyen, a grandes rasgos, aquí. Sin perjuicio de las diferencias netamente procesales (muy especialmente, el recurso de amparo en nuestro caso frente al *Organsreit* alemán, sin equivalente exacto en nuestro Derecho)[12], el caso español destaca por dictarse la resolución en el extraordinario y gravísimo contexto de una crisis constitucional de la mayor entidad, mientras que la resolución del TCFA tomaría forma en un contexto de sustancial normalidad institucional. Recuérdese, en este sentido, que el objeto «relevante» del procedimiento legislativo era, en nuestro caso, una reforma sorpresiva, súbita y «de parte» en el régimen de renovación e independencia del Tribunal Constitucional, en el contexto de la crisis institucional propiciada el bloqueo en la renovación del Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial. A mayor abundamiento, la resolución de nuestro Tribunal Constitucional se dictaría rodeada de un clima casi irrespirable de agitación política y mediática sin parangón, probablemente buscada (DELGADO RAMOS)[13] que, puede afirmarse, puso a prueba las costuras de nuestra democracia constitucional. Un contexto sencillamente antagónico al del pronunciamiento del Tribunal de Karlsruhe, que, sin perjuicio del importante debate público en torno a la iniciativa, probablemente pasaría casi desapercibido en España (SIMÓN YARZA)[14], al sustanciarse en un entorno de normalidad democrática e institucional, dictándose la resolución en el marco de la ordinaria tramitación parlamentaria, parece que algo acelerada, de una reforma de la Ley de Energía de los Edificios.

Asimismo, no puede desconocerse el notablemente más enrevesado contexto procesal del ATC 177/2022 frente a su homólogo germano, a la vista del abultado número de elementos de discusión que, si bien excedería del objeto de estas líneas desarrollar aquí, fueron también objeto de un aca-

12. Este procedimiento se caracteriza por vehicular conflictos entre atribuciones y derechos de órganos de importancia constitucional para la federación, frente al *Verfassungsbeschwerde*, que puede considerarse más similar a nuestro recurso de amparo.
13. Delgado Ramos, David, «Parlamento versus Tribunal Constitucional: ¿puede el tribunal suspender la tramitación de un procedimiento legislativo? Notas críticas sobre el Auto 177/2022, de 19 de diciembre», *Foro Nueva Época*, vol. 25, núm. 2, 2022, pp. 355-377.
14. Simón Yarza, Fernando, «Suspensión de la ley y recurso de inconstitucionalidad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 129, 2023, pp. 79-115.

lorado debate tanto dentro como fuera del Tribunal[15]. Elementos entre los cuales se encuentra, en el caso español, la discusión sobre la adopción inaudita parte de la medida cautelar, la solicitud de «personación» anterior a la propia admisión a trámite de determinados diputados, la admisibilidad —o no— del recurso atendiendo a la inexistencia de una resolución de la Mesa de la Comisión de Justicia a la reconsideración formulada por los parlamentarios (derivada, ciertamente, de haberse optado por no convocar a la Mesa) en conexión con el derecho a un recurso efectivo, o la recusación parcial formulada, fundada en el aducido, y más que discutible, interés directo o indirecto de los magistrados cuya renovación se encontraba pendiente, pero dirigida con indudable incoherencia tan sólo respecto de dos de los cuatro miembros del Tribunal en dicha situación. Por el contrario, en el caso alemán resulta destacable, con ajenidad a la cuestión aquí tratada, tan solo una cierta discusión sobre la inadmisibilidad manifiesta del recurso, alegada por el *Bundestag* a raíz de su convicción de la ausencia de legitimidad activa para la promoción de este tipo de procedimiento por los

15. Junto a los tres votos particulares emitidos por el sector entonces minoritario del Tribunal, la doctrina ha tratado también estos elementos de discusión en el Auto 177/2022, de 19 de diciembre. Véanse, entre otros, los siguientes: Aragón Reyes, Manuel, «El TC ha actuado correctamente», *Diario El Mundo*, 23 de diciembre de 2022; De la Quadra Salcedo, Tomás, «Una decisión insólita», *El País*, 23 de diciembre de 2022; Delgado Ramos, David, «Parlamento versus Tribunal Constitucional: ¿puede el tribunal suspender la tramitación de un procedimiento legislativo? Notas críticas sobre el Auto 177/2022, de 19 de diciembre», *Foro Nueva Época*, vol. 25, núm. 2, 2022, pp. 355-377; García de Enterría Ramos, Andrea, «Suspensión de la tramitación parlamentaria de enmiendas por el Tribunal Constitucional por falta de homogeneidad. Comentario al Auto del Tribunal Constitucional 177/2022, de 19 de diciembre. Recurso de amparo núm. 8263-2022. (BOE núm. 17, de 20 de enero de 2023», *Revista de las Cortes Generales*, n.º 115, primer semestre 2023, pp. 413-441; Ortega Santiago, Carlos, «Notas de futuro sobre el derecho de enmienda, el procedimiento legislativo y su posible suspensión cautelar en el recurso de amparo parlamentario a la luz del Auto 177/2022 del Tribunal Constitucional», *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 38, 2023, pp. 39-58; Rallo Lombarte, Artemi, «La insólita suspensión de la potestad legislativa del Senado: el nombramiento de magistrados del Tribunal Constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 53, 2024, pp. 315-347; Rodríguez-Patrón, Patricia, «El Auto del Tribunal Constitucional 177/2022, de 19 de diciembre (y sus votos particulares), a la luz de la decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán de 5 de julio de 2023», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 131, pp. 299-331; Ruiz Dorado, María, «La intervención del Tribunal Constitucional en el procedimiento parlamentario: un comentario al ATC 177/2022, de 19 de diciembre», *Anuario Parlamento y Constitución*, Cortes de Castilla-La Mancha y Universidad de Castilla-La Mancha, n.º 24, 2023; Ruiz-Rico Ruiz, Gerardo, «Réquiem por el Tribunal Constitucional? Comentario al último caso en el proceso de politización de la justicia constitucional en España (la atribución ilegítima de una competencia para el control preventivo de los actos del Parlamento)», *DCPE Online*, Vol. 55, n.º 4, 2022 (Consultable en: https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/1749).

diputados a título individual, argumento que se descarta en el caso por el TCFA (párrafos 83 y ss.).

3. En el terreno de las similitudes, cabe destacar que, pese a las notables diferencias de contexto de sendas resoluciones, de las mismas emerge una visión similar sobre el rol del Tribunal Constitucional en la protección de las minorías parlamentarias en el procedimiento legislativo, apreciable en la equiparabilidad de sus conclusiones a este respecto. En síntesis, se viene a reconocer la viabilidad jurídica —como supuesto extraordinario— de la intervención cautelar de la jurisdicción constitucional en el procedimiento legislativo, con fundamento en la normatividad de la Constitución y la eficaz protección de los derechos fundamentales que la misma consagra.

Asimismo, puede destacarse la ausencia de precedentes idénticos en ambos supuestos, lo que más allá de su naturaleza más o menos «insólita» (RALLO LOMBARTE)[16] implica que ambas resoluciones contribuyen a arrojar algo de luz en lo que podríamos definir como un «rincón inexplorado» de las relaciones entre Parlamento y jurisdicción constitucional.

Finalmente, cabe destacar que ambas resoluciones se dictan sin unanimidad, lo que por lo demás no resulta extraño en vista de la existencia de criterios contrapuestos a este respecto en la doctrina. En el caso del TC el Auto se adoptaría por seis votos a favor, incluyendo el de su Presidente, y cinco en contra (agrupados en tres votos particulares), mientras que en el del TCFA la resolución se adoptaría por cinco votos a favor y dos en contra, sin votos particulares.

3.2. BREVE APROXIMACIÓN A LAS CIRCUNSTANCIAS FÁCTICAS RELEVANTES DE AMBOS SUPUESTOS

De modo previo a nuestro examen comparativo sobre el tratamiento de la importante cuestión aquí examinada, se revela imprescindible una breve síntesis de los antecedentes parlamentarios pertinentes, que son objeto de especial consideración por sendos tribunales constitucionales en sus respectivos pronunciamientos en con ocasión de la ponderación que justifica la intervención cautelar.

1. En el caso de nuestro Tribunal Constitucional, la demanda de amparo se dirige frente a determinados actos parlamentarios adoptados en el marco de la tramitación de la proposición de *Ley Orgánica de transposición de direc-*

16. Rallo Lombarte, Artemi, «La insólita suspensión de la potestad legislativa del Senado: el nombramiento de magistrados del Tribunal Constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 53, 2024, pp. 315-347.

tivas 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. Un texto que, pese a su iniciativa formalmente parlamentaria al tratarse de una «proposición de ley» (en línea con una práctica desafortunadamente cada vez más habitual —así como, por lo demás, denunciada por los propios demandantes en amparo—) resulta pacíficamente atribuible al impulso del Gobierno, que presumiblemente prefirió esta vía a la del proyecto de ley atendiendo a la mayor celeridad en la tramitación, evitando los trámites previstos en el artículo 26 de la Ley del Gobierno así como, a su vez, determinados informes preceptivos.

En el marco de la tramitación urgente de dicha iniciativa, transcurrida la toma en consideración, la presentación de enmiendas a la totalidad y su debate en el Pleno, en el último momento del plazo de presentación de enmiendas parciales (esto es, antes del cierre del registro en el último día del término —FJ 8.º—), el día 9 de diciembre, los grupos del Gobierno presentaron sendas enmiendas 61 y 62, dirigidas a la modificación de aspectos esenciales de carácter institucional de la LOTC y la LOPJ, relacionados con el régimen de renovación de sus integrantes. Formuladas por tanto las enmiendas en tan avanzado estado de tramitación de la ley, que no recogía previsión sobre los referidos aspectos de sendas leyes orgánicas (de donde el Tribunal extrae en último término la no descartable verosimilitud, *prima facie*, de la imputada inexistencia de «conexión de homogeneidad» —FFJJ 1.º y 6.º del ATC 177/2022—), transcurrieron tan sólo seis días entre el señalado momento de presentación de las enmiendas y la aprobación definitiva del texto completo de la ley —enmiendas incluidas— por el Pleno del Congreso de los Diputados, sin que en ningún momento pudieran debatirse separadamente las mismas. La incorporación de dichas enmiendas por la Mesa de la Comisión de Justicia, el 12 de diciembre, fue recurrida en reconsideración, si bien, pese a la advertencia de los Letrados del Congreso, no se ofreció respuesta a los diputados con anterioridad a que el texto abandonara la Cámara Baja en los términos descritos, sin ofrecerse explicación alguna sobre los motivos de tal omisión.

Todo ello llevaría, como es sabido, a la formulación por los diputados discrepantes del recurso de amparo en cuestión, dirigido frente al Acuerdo de la Mesa de la Comisión de Justicia de 12 de diciembre, por el cual se admitieron a trámite las enmiendas, así como frente al acuerdo del Presidente de dicha Mesa de 13 de diciembre, por el que se decidió no convocar al órgano para resolver la reconsideración interpuesta. El recurso se presentaría por lo demás el día 14 de diciembre, antes de que la iniciativa abandonase el Congreso, alegándose la vulneración del derecho funda-

mental del artículo 23.2 CE, en relación con el ejercicio del cargo representativo de conformidad con la ley, e, indirectamente, del derecho de los ciudadanos a la representación política del artículo 23.1 CE. Asimismo, abriendo la puerta al debate aquí concernido, los diputados solicitaron la adopción inaudita parte de la medida cautelar consistente en la suspensión de la tramitación de sendas enmiendas independientemente del estado de la tramitación parlamentaria, o subsidiariamente hasta la resolución de la reconsideración ayuna de respuesta.

En fin, recabado el asunto por el Pleno del Tribunal a propuesta de su Presidente, y tras una primera sesión celebrada el día 15 de diciembre, el siguiente día 19 dicho órgano se reuniría de nuevo al efecto (encontrándose ya el texto en el Senado), acordando la admisión a trámite del recurso, la suspensión cautelar inaudita parte de la tramitación parlamentaria de las enmiendas número 61 y 62 y la formación de pieza separada de incidente de suspensión.

2. Por otro lado, y en síntesis de los más sencillos antecedentes ante el Tribunal de Karlsruhe, cabe mencionar que el recurso se promovió por un diputado del grupo democristiano CDU/CSU, en el contexto de la tramitación parlamentaria de un proyecto de ley de modificación de la Ley de Energía de los Edificios aprobado por el Gobierno el día 19 de abril de 2023, que sería remitido al *Bundestag* el siguiente día 17 de mayo.

El día 15 de junio tuvo lugar en el Pleno de la Cámara el trámite de primera lectura del proyecto de ley, así como su remisión a la Comisión de Acción Climática y Energía. Por su parte, en sede de esta Comisión tendría lugar el día 21 de junio una primera sesión de comparecencia de expertos, convocándose por mayoría y con el voto contrario de CDU/CSU una reunión extraordinaria del órgano para el día 27 del mismo mes, en el transcurso de la cual se acordó por la mayoría una segunda comparecencia de expertos para el siguiente día 3 de julio, si bien bajo la condición de que todas las enmiendas se formulasen hasta el día 30 de junio. Dicho acuerdo contó con el voto en contra de CDU/CSU, que proponía un mayor tiempo de estudio de las enmiendas con anterioridad a la comparecencia en cuestión.

El día 30 de junio, el Ministerio Federal de Asuntos Económicos y Acción Climática remitiría a la Comisión un documento técnico denominado «ayuda a la formulación de las enmiendas», relativo al proyecto de ley y a las enmiendas propuestas por los grupos del Gobierno, de 94 páginas de extensión, así como un documento adicional de carácter explicativo, de 14 páginas. Conforme a lo previsto, en fecha de 3 de julio tuvo lugar la segunda

comparecencia parlamentaria de expertos en la Comisión, formulando finalmente enmiendas los grupos de la coalición de Gobierno la tarde del día 4 de julio, a las 17:48 horas. Tras una nueva deliberación de la Comisión en la mañana del día 5 de julio, se determinó que la sesión del Pleno para la segunda y tercera lecturas tendría lugar el día 7 de julio de 2023.

A la vista de la acelerada tramitación, y con referencia expresa a precedentes similares en el proceder de los grupos parlamentarios que sustentaban el Gobierno, el recurrente (recordemos, un diputado de la oposición) formuló el día 27 de junio esta modalidad específica – de conflicto interorgánico por vulneración de derechos o competencias entre órganos federales de importancia constitucional ante el Tribunal Constitucional (*Organsreit*). En suma, el recurso alegaba que la precipitada tramitación descrita de la Ley de Modificación de la Ley de Energía de los Edificios incurrió en una vulneración de su derecho a la participación en condiciones de igualdad en la formación de la voluntad de la Cámara, reconocido en el artículo 38.1 de la Ley Fundamental. Asimismo, se solicitó la inmediata adopción de una medida cautelar consistente en prohibir al *Bundestag* que incluyese en el orden del día del Pleno la segunda y tercera lecturas del proyecto de ley concernido sin que todos los miembros de la Cámara gozasen de, al menos, 14 días para examinar la documentación pertinente para la segunda lectura.

En su sesión de 5 de julio de 2023, con anterioridad a la fecha prevista para la segunda y tercera lecturas, la Sala Segunda del Tribunal acordó la admisión a trámite del recurso y la intervención cautelar en el procedimiento, si bien con un alcance algo más limitado que el solicitado, en atención a una adecuada ponderación con la autonomía parlamentaria, prohibiendo al *Bundestag* que llevase a cabo la segunda y tercera lecturas dentro de la semana de la sesión en curso (recuérdese que el recurrente solicitaba dicha prohibición garantizando un mínimo de 14 días desde la puesta a disposición de la documentación).

3. En definitiva, del sucinto examen desplegado se desprenden, más allá de las evidentes diferencias ya subrayadas, importantes similitudes que explican el establecimiento de una doctrina similar. Y es que, en efecto, en ambos pronunciamientos la intervención cautelar se despliega frente a determinados actos adoptados por los órganos del Parlamento en el seno de un procedimiento legislativo en curso (actos relacionados, a grandes rasgos, con la presentación de enmiendas por la mayoría parlamentaria), en el marco de la solicitud de tutela cautelar aneja a un recurso interpuesto ante el Tribunal Constitucional por determinados parlamentarios, alegando la vulneración por los actos recurridos de su estatuto de derechos como representantes.

3.3. EXAMEN DE LOS PRONUNCIAMIENTOS ESENCIALES DE AMBAS RESOLUCIONES RESPECTO DE LA INTERVENCIÓN CAUTELAR DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO

Como se ha visto, más allá de las diferencias de contexto, existe un sustrato fáctico parlamentario común que justifica que tanto nuestro Tribunal Constitucional como el *Bundesverfassungsgericht* hayan reconocido en ambos supuestos, en términos sustancialmente coincidentes, los límites a la autonomía procedimental del poder legislativo y la capacidad de la jurisdicción constitucional para imponerlos.

Como se ha señalado anteriormente, la general ausencia de precedentes idénticos abriría la puerta, en ambos supuestos, a un debate de cierta intensidad en sede del Tribunal —aunque también, muy especialmente en España, en la doctrina académica—, sobre la propia viabilidad constitucional de la intervención cautelar requerida. Algo que, ciertamente, no debe extrañar pues, en efecto y como ambos tribunales reconocen (FJ 9.º del ATC y párrafo 67 del ATCFA) la interferencia «preventiva» en el curso del procedimiento legislativo, por muy justificada que pueda resultar, indudablemente implica una colisión entre dos potestades: la del poder legislativo de conducir sus procedimientos con autonomía y, en fin, la del Tribunal Constitucional de velar eficazmente, a través de los procedimientos previstos, por una debida observancia de los poderes constituidos a la existencia y virtualidad los derechos fundamentales.

En este debate se situarían, por un lado, previsiblemente, los Parlamentos —y, en el caso español, también los grupos parlamentarios que apoyaban la ley afectada— y, por el otro, los diputados recurrentes. Ambas posturas, con respectivos apoyos en la doctrina, se reproducirían por lo demás en el propio tribunal: y es que en ambos supuestos la resolución no sería unánime, existiendo incluso votos particulares en el caso español. En el examen sucesivo de ambos supuestos se advertirá la muy superior extensión del debate a este respecto en el caso español frente al alemán, en relación de directa proporcionalidad con la gravedad de la crisis institucional suscitada en España.

Con carácter general, los argumentos del sector «parlamentario» orbitan, en esencia, en torno al principio de autonomía parlamentaria, del que se extrae —al no poder negarse la viabilidad procedimental de la pretensión— un presunto deber de abstención de la jurisdicción constitucional respecto de los actos parlamentarios incardinados en un procedimiento legislativo en curso, al objeto de evitar interferencias con la autonomía y libre

conformación de la voluntad de las Cámaras (véanse RALLO LOMBARTE[17] O RUIZ-RICO RUIZ[18]). Un deber que, con variaciones, se considera o bien absoluto o al menos preponderante en el caso —en tal caso reservándose para supuestos de mayor gravedad—, y que, con carácter general, se extrae de la previa inexistencia de precedentes a este respecto. En síntesis, este sector reconoce el sometimiento del Parlamento a la Constitución, pero propugna con carácter general —o en ocasiones particular— su carácter indefectiblemente *ex post*, lo que implica defender, a la par que una potestad esencialmente «merodeclarativa» del Tribunal Constitucional en el ámbito de los recursos contra actos parlamentarios sin valor de ley, en los términos propuestos en la introducción de este texto, la persistencia de un último reducto del principio de soberanía parlamentaria: la soberanía procedimental *ex ante* del Parlamento.

1. En el caso español, así lo pondrían de manifiesto, ante el Tribunal Constitucional, los grupos parlamentarios que sustentaban el Gobierno, la propia Letrada del Senado y, muy especialmente, los votos particulares emitidos frente al ATC 177/2022. Para todos ellos, la grave afectación de la autonomía parlamentaria de las Cortes, la doctrina de los *interna corporis acta*, la presunción de legalidad constitucional «de grado máximo» de los actos del Parlamento, el deber de prudencia institucional del Tribunal Constitucional y la ausencia de precedentes impedían la estimación de la medida solicitada, imponiendo en grado sumo y llegado el caso una simple reparación merodeclarativa adoptada *ex post*. Adicionalmente, se anticipaba por el Senado en sus alegaciones las «*impredecibles consecuencias futuras*» de admitirse tal intervención «preventiva», por cuanto se admitiría la ordinaria perturbación de la función legislativa mediante el recurso de amparo. A todos estos argumentos se añadirían entre otros, en los votos particulares, la aducida incompatibilidad de la decisión con la naturaleza «reactiva» de la jurisdicción constitucional (voto particular conjunto, aptdo. 5.2) la inexistencia de un «*control de constitucionalidad previo sobre proyectos de normas*» (voto particular de Xiol Ríos, aptdo. 29), o incluso la denuncia de una «mutación» del recurso amparo, de carácter «sucesivo y no suspensivo» (voto particular de Balaguer Callejón, aptdo. a).

17. Rallo Lombarte, Artemi, «La insólita suspensión de la potestad legislativa del Senado: el nombramiento de magistrados del Tribunal Constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 53, 2024, pp. 315-347.

18. Ruiz-Rico Ruiz, Gerardo, «Réquiem por el Tribunal Constitucional? Comentario al último caso en el proceso de politización de la justicia constitucional en España (la atribución ilegítima de una competencia para el control preventivo de los actos del Parlamento)», *DCPE Online*, Vol. 55, n.º 4, 2022 (Consultable en: https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/1749).

El Auto atiende a todos estos argumentos desde una lógica, a mi parecer, sólida y difícilmente contestable. Y ello de manera que, aunque quepan razonablemente otras opiniones, algunas críticas se han revelado excesivas en su pretensión de declarar como inconcebible o directamente irrazonable una posición que, tras un atento examen de su motivación, se revela por el contrario razonable, prudente y moderado.

En primer lugar, se reivindica el principio de supremacía constitucional y, consecuentemente, la inexistencia de un principio de soberanía parlamentaria en España. A este respecto, sin perjuicio de reconocer la «situación privilegiada» de las Cortes Generales, derivada de nuestro modelo de Estado (definido como Monarquía Parlamentaria en el art. 1.3 CE —FJ 5.º—), y su «centralidad» en nuestro sistema político —FJ 9.º—, se recuerdan los principios de legalidad y de supremacía constitucional, con expreso reflejo en un artículo 9.1 de la Constitución que impone el sometimiento de «*todos*» los poderes públicos, «*incluido por tanto el poder legislativo*», a la Carta Magna y al ordenamiento jurídico. Una previsión que, continúa el Auto, implica que el Parlamento no está «*exento o liberado*» de subordinación a la Constitución, como así evidencia la decisión constitucional de crear precisamente un Tribunal Constitucional para garantizar dicho sometimiento, y de incluir entre sus competencias no sólo el control de constitucionalidad de las leyes sino adicionalmente el recurso de amparo, dirigible también contra actos parlamentarios. A raíz de lo anterior, se razona, no sólo el Tribunal Constitucional puede limitar la capacidad de actuación del legislador cuando este exceda de los márgenes constitucionales (que exigen inexcusablemente, amén a la noción de Estado de Derecho del art. 1.1 CE, un «*escrupuloso respeto de las normas que rigen los procedimientos*»), sino que goza incluso de una «*irrenunciable responsabilidad constitucional*» de hacerlo, en su condición de «*garante último del equilibrio de poderes constitucionalmente establecido*». En razón de lo anterior, y para concluir con los razonamientos pacíficos de la resolución, se afirma, corresponde al Tribunal Constitucional «*velar por el cumplimento de esas reglas procedimentales*» (FJ 5.º).

No cabe duda de que, hasta este punto, los postulados del Tribunal son pacíficos y no discutibles. Sin embargo, las discrepancias —también en el seno del Tribunal— comienzan inmediatamente a continuación, muy específicamente respecto de «cuándo» se ha de «velar» por dicho inexcusable cumplimiento, pues en este paradigmático y novedoso pronunciamiento el supremo intérprete de la Constitución (art. 1.1 LOTC) concluiría, como posteriormente también su homólogo alemán, que, en supuestos excepcionales, la jurisdicción constitucional puede intervenir para garantizar los derechos de los parlamentarios en un procedimiento legislativo en curso.

El fundamento de esta decisión, sin duda inédita, se hilvana cuidadosamente a través del tratamiento conjunto de una serie de consideraciones que conducen a la adopción de la medida cautelar. Más allá de la ponderación en el caso concreto, a la que nos referiremos más adelante, y en línea con el Tribunal de Karlsruhe, el acento se sitúa en la necesidad de que la mayoría (que tiene, sin duda, derecho a legislar) respete y no desconozca los derechos de las minorías en el proceso de conformación de la voluntad de las cámaras, elemento «constitutivo» del sistema que legitima el propio funcionamiento de las Cortes Generales, y sin el cual sencillamente no puede preservarse el pluralismo político como valor superior del ordenamiento. Lo anterior, tras un detallado estudio de la específica vulneración aducida (la ausencia de la llamada «conexión de homogeneidad» de las enmiendas), se pone en relación con la doctrina de los *interna corporis acta*, que ha de conjugarse —se afirma— con el respeto del *ius in officium* de los representantes. Lo que está en juego, se advierte, es nada menos que «la integridad del procedimiento legislativo», a mayor abundamiento «*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*».

Sentado todo lo anterior, y tras recordar que la Constitución ha situado al Tribunal Constitucional como un órgano «*único en su orden*», elevándolo a una posición desde la cual «*puede ejercer un control real y efectivo*» sobre la actuación de los tres poderes del Estado (FJ 6.º), el razonamiento evoluciona hacia una reflexión sobre la función reparadora del recurso de amparo. Ésta no es sino una manifestación más de la posición de los derechos fundamentales como «núcleo definidor» de la propia identidad de nuestra Constitución, y su reflejo en la tutela cautelar reconocida al Tribunal por su ley orgánica, comoquiera que excepcional, no es casual, derivando de la necesidad de preservar la finalidad de este recurso y evitar, por ello, que «*se convierta en meramente ilusorio*», impidiendo el pleno restablecimiento de los derechos, lo que exige reconocer que en muchos supuestos para ello «*no basta con declarar que se ha producido esa vulneración*» (FJ 7.º).

Ciertamente, es éste el elemento nuclear de la discusión, sobre el cual los partidarios de la autonomía procedimental ilimitada (*ex ante)* del parlamento defienden que la intervención del Tribunal Constitucional tan sólo puede producirse, bien a través del amparo o del recurso de inconstitucionalidad, una vez concluido el procedimiento legislativo. No obstante, no es difícil apreciar que esta tesis equivale en último término, ciertamente, a reducir la responsabilidad de tutela del Tribunal Constitucional, en su máxima expresión, a una función esencialmente declarativa de las vulne-

raciones. Como acertadamente señala RODRÍGUEZ-PATRÓN[19], negar de raíz la posibilidad de una intervención cautelar en este ámbito implica privar al Tribunal de su función de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo, más allá de la creación de doctrina jurisprudencial. No es este un razonamiento extraño, debiendo recordarse, a título meramente ejemplificativo, que el propio Tribunal Constitucional alemán consagró la tutela cautelar tempranamente, por vía interpretativa, al considerarla inherente a la propia efectividad de su jurisdicción (SIMÓN YARZA)[20].

Por lo demás, la incoherencia imputable eventualmente a esta posición «de máximos», a la vista de la suspensión cautelar «parlamentaria» acordada en pleno proceso independentista catalán, por unanimidad, mediante el ATC 134/2017, de 5 de octubre (a mayor abundamiento, también inaudita parte), podría esquivarse para algunos imputando esta inmunidad *ex ante*, en exclusiva, a los actos parlamentarios adoptados en ejercicio de la función legislativa (véase el voto particular conjunto al ATC 177/2022, aptdo. b), habida cuenta de que los actos concernidos en dicho caso no formaban parte de un procedimiento legislativo.

Y, sin embargo, cabe preguntarse si esta posición no resulta excesivamente cándida y confiada en el escenario de creciente tensión política y polarización que caracteriza, en nuestro tiempo, la política en Occidente. Con mayor motivo, no debiendo olvidarse que en ocasiones, en ciertos procesos contrastados de involución populista, los alegatos en favor de una mayor «prudencia» y «deferencia» de los tribunales constitucionales hacia la mayoría parlamentaria han encerrado un conveniente cierre de filas en el intento de deslegitimar a los tribunales constitucionales (en este sentido, CZARNOTA[21] y BIAGI[22]). Y es que en este contexto, retornando a nuestro supuesto, si se aceptase que el recurso de las minorías al «único instrumento

19. Rodríguez-Patrón, Patricia, «El Auto del Tribunal Constitucional 177/2022, de 19 de diciembre (y sus votos particulares), a la luz de la decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán de 5 de julio de 2023», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 131, pp. 299-331.
20. Simón Yarza, Fernando, «Suspensión de la ley y recurso de inconstitucionalidad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 129, 2023, pp. 79-115.
21. Czarnota, Adam, «The Constitutional Tribunal», *Verfassungsblog*, 3 de junio de 2017. (consultable a través del enlace web: https://verfassungsvlog.de/the-constitutional-tribunal).
22. Biagi, Francesco, «La neutralización de los tribunales constitucionales en los regímenes populistas-iliberales: un análisis a partir de los casos de Hungría y Polonia», Revista de Derecho Político, n.º 116, enero-abril, 2023, pp. 265-295.

eficaz existente» (GARCÍA DE ENTERRÍA RAMOS)[23] frente a los eventuales abusos de la mayoría parlamentaria (único, como el Tribunal destaca, precisamente como consecuencia de la doctrina de los *interna acta corporis* —FJ 6.º, párrafo 9.º—), pueda traducirse a lo sumo, en su grado máximo e incluso en supuestos límite, en una mera «reprimenda» *ex post* del Tribunal a los órganos vulneradores, ¿no estaríamos eliminando el más poderoso incentivo de que disponen las mayorías para respetar, en ocasiones frente a sus preferencias inmediatas, ese gran logro de la democracia constitucional que supone la efectiva salvaguarda de los derechos de las minorías? (en este sentido, GROPPI)[24].

Lo cierto es que, con abstracción del caso concreto —y de las mayorías hoy existentes— resulta difícil efectuar esta concesión a la mayoría parlamentaria sin renunciar, en último término, a la virtualidad de los derechos fundamentales y a su eficaz protección como «elemento definidor» del sistema político, que informa el carácter reparador del recurso de amparo. Es por ello que se concuerda plenamente con el Tribunal Constitucional donde, con base en las potestades que le otorga el ordenamiento positivo y, muy especialmente, el artículo 56.2 LOTC (siempre y cuando concurran, claro está, los excepcionales presupuestos exigibles) se reconoce la posibilidad de una intervención cautelar en estos supuestos, recordando que «*no cabe contraponer legitimidad democrática y legalidad constitucional en detrimento de la segunda*», y que «*la centralidad de las Cortes Generales no comporta que puedan ejercer sus funciones sin estricto respeto a la norma suprema*» (FJ 9.º).

En este sentido, más allá de compartirse en plenitud la reflexión sobre la necesidad de promover la eficacia de los recursos internos en sede parlamentaria (GARCÍA DE ENTERRÍA RAMOS)[25], en su defecto se concuerda con el Tribunal cuando, ante los más que evidentes signos de inobservancia de su doctrina, implícitamente rechaza el argumento que la presunción de legalidad constitucional de los actos parlamentarios descartando que la constituya, en efecto, una presunción *iuris et de iure*, ni

23. García de Enterría Ramos, Andrea, «Suspensión de la tramitación parlamentaria de enmiendas por el Tribunal Constitucional por falta de homogeneidad. Comentario al Auto del Tribunal Constitucional 177/2022, de 19 de diciembre. Recurso de amparo núm. 8263-2022. (BOE núm. 17, de 20 de enero de 2023)», *Revista de las Cortes Generales*, n.º 115, primer semestre 2023, pp. 413-441.
24. Groppi, Tania, Menopeggio. *La democrazia costituzionale nel XXI secolo*, il Mulino, Bolonia, 2020.
25. García de Enterría Ramos, Andrea, «Suspensión de la tramitación parlamentaria de enmiendas por el Tribunal Constitucional por falta de homogeneidad. Comentario al Auto del Tribunal Constitucional 177/2022, de 19 de diciembre. Recurso de amparo núm. 8263-2022. (BOE núm. 17, de 20 de enero de 2023», *Revista de las Cortes Generales*, n.º 115, primer semestre 2023, pp. 413-441.

antes ni después de la finalización del procedimiento legislativo. Y es que, como subraya SIMÓN YARZA [26], tal presunción difícilmente puede llevarse al extremo de negar la tutela cautelar al órgano que ostenta constitucionalmente la facultad de pronunciarse sobre la legitimidad definitiva de la ley.

En cuanto se refiere al argumento de la inexistencia de precedentes a una decisión similar, el Tribunal desecha la idoneidad de este argumento para limitar sus competencias, en su FJ 7.º, recalcando, en buena lógica, que por sí sola «*la ausencia de un precedente idéntico no impide, claro está, a este tribunal la adopción de la medida cautelar* inaudita parte *(...) siempre que concurran los presupuestos necesarios...*» (FJ 7.º). Y es que, de igual modo, si se permite un ilustrativo paralelismo, la nula declaración del estado de sitio (art. 116.4 CE) desde la vigencia de la Constitución no impide ni restringe su eventual declaración futura, siempre y cuando concurran las condiciones precisas para ello.

A este respecto, oportunamente el voto particular conjunto subraya (aptdo. 5.2) que la pretensión —que no la decisión— no sería inédita pues, en el pasado, el Tribunal se abstuvo de conceder hasta en dos ocasiones la solicitud de suspensión del procedimiento parlamentario (AATC 59/2017 y 146/2017), si bien a continuación se da a entender que el rechazo a dicha suspensión se produjo «en coherencia» (así parece deducirse) con el modelo de jurisdicción constitucional *ex post*, de donde cabría colegir que por lo tanto la existencia de un precedente ya sentado al efecto y desconocido, caprichosamente, por el Tribunal en su ATC 177/2022. No podemos compartir esta reflexión, pues un adecuado estudio de sendos autos revela que en ellos no se descarta la posibilidad de una intervención cautelar del Tribunal en el marco de los amparos parlamentarios —como sin duda pudo hacerse para desestimar de plano la solicitud cautelar, y muy especialmente en el segundo de ellos—, ni tampoco respecto de aquellos relativos al procedimiento legislativo, como tampoco en dichas resoluciones se funda la negativa a conceder la suspensión del procedimiento parlamentario en una supuesta incapacidad del TC de intervenir en un procedimiento legislativo en curso —menos aún derivada de la autonomía parlamentaria o el modelo de justicia constitucional—. De un examen siquiera liminar de estas resoluciones, por el contrario, se aprecia con claridad que la medida cautelar se rechaza, en ellas, por otros motivos. Concretamente, en la evolución de la pretensión cautelar solicitada hacia una situada extramuros del propio ámbito del recurso de amparo —ATC 59/2017— y, en fin, en el carácter ya firme y ejecutado de los actos recurridos —en especial, en el ATC 146/2017—. Este mismo motivo lleva a Rodrí-

26. Simón Yarza, Fernando, «Suspensión de la ley y recurso de inconstitucionalidad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 129, 2023, pp. 79-115.

guez-Patrón a descartar su condición de ejemplos válidos (RODRÍGUEZ-PATRÓN)[27].

Por otro lado, y en respuesta a algunos argumentos desarrollados en los votos particulares respecto de la «mutación» del recurso de amparo, que se convertiría presumiblemente en una suerte de recurso previo de constitucionalidad, el Tribunal se apresura a descartar este razonamiento, incidiendo en que no se examina el contenido material de las enmiendas cuestionadas (discutible, en su caso, en el marco de un control de constitucionalidad posterior), ni se constituye, como también se ha argumentado, en un «medio indirecto de control de constitucionalidad» (RUIZ-RICO RUIZ)[28] pues no cabe por este medio examinar discrecionalmente la constitucionalidad de proyectos legislativos de normas, ciñéndose su escrutinio a comprobar si la tramitación del procedimiento legislativo se ajustó a los derechos fundamentales de los recurrentes (FJ 9.º).

Finalmente, y respecto de la intervención cautelar, la misma se define y desarrolla como un instrumento de carácter absolutamente excepcional, que tan sólo puede tomar forma donde concurran los presupuestos exigidos por el artículo 56 LOTC. Destacablemente, la irreversibilidad del perjuicio y una urgencia excepcional que, a juicio del Tribunal, se aprecia con facilidad a la vista del escaso tiempo transcurrido (seis días naturales) desde la presentación de las enmiendas concernidas hasta la final aprobación del texto de la ley por el Congreso (FJ 8.º). En todo caso, se desarrolla, la concurrencia de sendos presupuestos no es suficiente en sí misma, pues ha de ponderarse la eventual intervención, a la vista del interés constitucional concernido, a través de un pertinente juicio de proporcionalidad. Es, por lo tanto, en el marco de este juicio de proporcionalidad que ha de valorarse el sacrificio al principio de autonomía parlamentaria como elemento de ponderación, no constituyendo en modo alguno un óbice de procedibilidad para la tutela cautelar reconocida en la ley (FJ 9.º).

En cuanto a la ponderación en el caso concreto, tras extraer la urgencia excepcional de la «extraordinaria celeridad» imprimida por los órganos parlamentarios a la tramitación (FJ 8.º), el Tribunal justifica la irreparabili-

27. Rodríguez-Patrón, Patricia, «El Auto del Tribunal Constitucional 177/2022, de 19 de diciembre (y sus votos particulares), a la luz de la decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán de 5 de julio de 2023», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 131, pp. 299-331.

28. Ruiz-Rico Ruiz, Gerardo, «Réquiem por el Tribunal Constitucional? Comentario al último caso en el proceso de politización de la justicia constitucional en España (la atribución ilegítima de una competencia para el control preventivo de los actos del Parlamento)», *DCPE Online*, Vol. 55, n.º 4, 2022 (Consultable en: https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/1749).

dad del perjuicio que se produciría a los recurrentes (cuyos derechos se habrían vulnerado sin remedio de no adoptarse la medida cautelar) frente a la mínima perturbación de su concesión, a la capacidad legislativa de las Cortes, que, en efecto, podrían en todo caso mitigar los efectos de la intervención cautelar (i) continuando con la tramitación del resto de la norma, exceptuando ambas enmiendas concernidas, y, de considerarlo necesario (ii) dando cauce a las mismas reformas a través de un nuevo procedimiento en el cual se respetasen los derechos de las minorías.

2. En el caso alemán, cabe destacar en primer lugar carácter el considerablemente más sintético y directo de los razonamientos, que impone por lo tanto la brevedad, a su vez, del comentario al mismo.

A este respecto, en cuanto se refiere a la cuestión de la interferencia de la jurisdicción constitucional en sede cautelar, a grandes rasgos el *Bundestag* se limitaría a enfatizar que su amplia autonomía procesal, a su juicio, determinaba de que la protección jurídica solicitada por el recurrente sólo podía lograrse, en principio, una vez concluido el procedimiento legislativo (párrafo 33). Una posición que, en contraste con nuestro Tribunal Constitucional, el TCFA desecharía sin adentrarse en consideraciones excesivamente generales o teóricas sobre el sometimiento del Parlamento a la Ley Fundamental o los límites de su propia competencia.

En este sentido, el Tribunal de Karlsruhe comienza por reafirmar, en primer lugar, su competencia para ejercer potestades cautelares donde ello sea urgentemente necesario para evitar desventajas graves, actuar preventivamente contra actos de violencia inminente u otra razón importante para el bien común. Una fórmula que, además de resultar aplicable a cualesquiera procedimientos, destaca por la amplitud de supuestos que habilitan la intervención cautelar del TCFA frente al caso español, en que dicha intervención se limita al amparo y debe fundarse exclusivamente en evitar que se produzca al recurrente un perjuicio que hiciera perder a este específico procedimiento su finalidad ex art. 56.2 LOTC (párrafo 67).

En segundo lugar, se reconoce la excepcional gravedad de los motivos que habilitan la intervención cautelar en este tipo de procedimientos —*Organsreit*—, en que la misma por naturaleza comporta una interferencia del *Bundesverfasssungsgericht* en la autonomía de otro órgano constitucional, y que se aprecia, por lo demás, en el caso (párrafo 67).

Finalmente, por lo demás, el TCFA subraya de forma rotunda, en similares términos a lo expuesto en el ATC 177/2022 por nuestro Tribunal Constitucional, que el amplio margen de maniobra de que dispone la mayoría parlamentaria no exime a la misma de respetar, en aplicación de dicha

autonomía procedimental, el estatuto de derechos de los parlamentarios. Y, por lo demás, se enfatiza que la Ley Fundamental no admite una aceleración abusiva de los procedimientos legislativos restringiendo con ello los derechos de participación de los parlamentarios sin ninguna razón objetiva (párrafo 91).

En cuanto a la ponderación en el caso concreto, comienza por destacarse la indudable celeridad del procedimiento, subrayada por los propios expertos que comparecieron en las audiencias (párrafo 93), e incluso admitida por el *Bundestag* al reconocer una considerable compresión del calendario y, al tiempo, la «complejidad no desdeñable» del texto (párrafo 94). Sentado lo anterior, aunque se reconoce la indudable —y generalmente no deseable— interferencia en la autonomía del Parlamento por la medida cautelar (recordemos, la exigencia de otorgar un mayor plazo de estudio de la documentación a los diputados), se concluye que tal intervención no afectaría a la eventual entrada en vigor de la norma en el plazo previsto por la misma, el 1 de enero de 2024 (párrafo 101), mientras que, en el caso del demandante, de no adoptarse la medida sus derechos como parlamentario podrían verse irremediablemente vulnerados (párrafo 102). No obstante, el Tribunal optaría, como se ha tratado anteriormente, por limitar el alcance de la intervención cautelar respecto de la solicitada por el recurrente, en consideración del principio de autonomía procedimental del Parlamento en la determinación de sus trámites procedimentales.

3. A la luz de lo expuesto, cabe apreciar más que evidentes similitudes en sendas resoluciones, en las cuales (a) se declara la posibilidad de la intervención cautelar del Tribunal en el marco de un procedimiento cuyo objeto sean actos parlamentarios incardinados en un procedimiento legislativo en curso, siempre que ello evite que el recurso de amparo pierda su finalidad (b) se rechaza que el principio de autonomía parlamentaria impida, con carácter absoluto, la intervención del Tribunal para la protección de derechos hasta la conclusión del procedimiento legislativo (c) se reconoce prudentemente el carácter extraordinario de dicha intervención, en respeto al antedicho principio de autonomía parlamentaria (d) se acuerda una intervención cautelar, tras la pertinente ponderación de las consecuencias tanto de la adopción de la medida como de su desestimación, y muy especialmente en consideración de la potencialmente abusiva aceleración del procedimiento legislativo, y (f) en fin, se declara que el amplio margen que admite la autonomía procedimental del Parlamento no le exime —o, más concretamente, a la mayoría parlamentaria— de respetar los derechos fundamentales de todos los parlamentarios.

4. CONSIDERACIONES FINALES. UN POSIBLE PRINCIPIO DEL FIN DE LA SOBERANÍA PROCEDIMENTAL «*EX ANTE*» DEL PARLAMENTO MODERNO

1. Como síntesis de lo expuesto, puede afirmarse que, pese a las relevantes diferencias de contexto, en ambos pronunciamientos late un mismo pulso, un idéntico espíritu, que se aprecia sin dificultad en la equiparabilidad de las conclusiones vertidas por ambos tribunales sobre los límites a la autonomía procedimental del poder legislativo y la capacidad de la jurisdicción constitucional para imponerlos.

En ambos casos, frente a la pretensión parlamentaria de reivindicar una autonomía plena e intangible hasta la finalización del procedimiento legislativo, sendos tribunales rechazarían esta tesis con rotundidad, reconociendo la intervención cautelar de la jurisdicción constitucional en el procedimiento legislativo como una posibilidad real, con fundamento en la normatividad de la Constitución y la imprescindible virtualidad y eficacia de los derechos fundamentales en la misma reconocidos, así como en la necesidad de preservar la adecuada conformación de la voluntad de las cámaras representativas, impensable sin una debida participación de las minorías de la que emerge precisamente la legitimidad del sistema político. No obstante, subrayan ambos órganos, nos encontramos ante un supuesto indudablemente extraordinario, cuya viabilidad requiere de una adecuada y prudente ponderación en el caso concreto, con particular atención al principio de autonomía parlamentaria.

2. Precisamente atendiendo a esta excepcionalidad, se concluye la oportunidad y conveniencia de la consolidación de esta doctrina. Desde una perspectiva general, ya que aunque deba ordinariamente predicarse la deseable autonomía de los parlamentos en el marco del procedimiento legislativo, se comparte también con ambas resoluciones su carácter no ilimitado, así como una razonable preocupación por el creciente nivel de abuso con el que algunos órganos parlamentarios (que replican ordinariamente las mayorías parlamentarias correspondientes y atienden con excesivo celo a sus deseos inmediatos) tienden a desenvolverse; un fenómeno del que sólo cabría esperar su consolidación y recrudecimiento donde dichos órganos se sepan inmunes a toda intervención eficaz (y, por ello, «a tiempo») del único órgano ante el cual sus resoluciones pueden recurrirse. Y es que, a este respecto, sentado que, en no pocas ocasiones, existe un indudable «*interés político de la mayoría en obrar inconstitucionalmente*» (PALLANTE)[29], en nuestro tiempo un elemental sentido de prudencia ins-

29. Zagrebelsky, Gustavo, Marcenò, Valeria y Pallante, Francesco, *Manual de Derecho Constitucional*, Zeta Grupo Editorial, Puno, 2020.

titucional debería impedir fiarlo todo a la perenne existencia de un legislador «*dotado de un alto grado de sensibilidad constitucional*» (BIAGI)[30].

Pero también, en el caso concreto, a la vista del escaso fundamento de las llamadas de sendos parlamentos a una alarma democrática respecto de futuras e ilegítimas intervenciones paralizadoras del Tribunal Constitucional, aducidamente susceptibles de poner en riesgo la separación de poderes o la Democracia misma. Sin perjuicio del escaso margen real para ello, el estudio de ambas resoluciones parece revelar una moderada, ponderada y prudente (casi «quirúrgica») intervención de ambos tribunales, dirigida a salvaguardar sin consecuencias excesivamente gravosas para la mayoría parlamentaria un derecho fundamental claramente amenazado en el caso concreto por una actuación cuando menos discutible de los órganos parlamentarios. A mayor abundamiento, la realidad práctica contribuye a desechar esta presunta alarma. No sólo no existen ejemplos posteriores, sino que, a mayor abundamiento, en Alemania recientemente el TCFA rechazaría mediante su Decisión de 25 de abril de 2024 (2 BvE 3/24) una nueva y similar solicitud de suspensión cautelar promovida por el mismo diputado, esta vez frente a la Ley de Protección del Clima, al considerar la demanda inadmisible.

3. Recientemente, aunque en otra escala, en enero de 2024 el Tribunal Constitucional de Albania suspendió la ratificación parlamentaria de un Tratado Internacional con Italia para la creación de centros de internamiento de inmigrantes, alegando el incumplimiento de trámites formales del proceso de negociación y firma, en lo que parece confirmar una incipiente tendencia de los tribunales constitucionales a explorar sus potestades cautelares como límite, siempre en supuestos excepcionales, a la interdicción de la arbitrariedad de los órganos parlamentarios en el curso de sus procedimientos internos.

4. Esta tendencia, empero, resultará difícilmente extrapolable a aquellos ordenamientos en los que el supremo intérprete de la Constitución carece de procedimientos equiparables que admitan, *a priori*, el control de los actos parlamentarios sin valor de ley. Un claro ejemplo de ello es Italia, donde no existe recurso de amparo y pese a la amplitud de actos recurribles a través del conflicto interorgánico —vía que, no olvidemos, vehiculó la intervención del TCFA—, el elenco limitado de sujetos de este procedimiento no parece admitir la interposición de un recurso por la minoría parlamentaria

30. Biagi, Francesco, «La neutralización de los tribunales constitucionales en los regímenes populistas-iliberales: un análisis a partir de los casos de Hungría y Polonia», *Revista de Derecho Político*, n.º 116, enero-abril, 2023, pp. 265-295.

frente a los actos de los órganos parlamentarios[31]. Algo que, sin embargo, quizá podría promoverse en el futuro mediante una reforma que amplíe la definición de dichos «poderes», contenida hoy en la ley ordinaria (art.37 de la ley 87/1953), extendiendo dicho elenco en el ámbito parlamentario más allá de las dos cámaras, las comisiones de investigación y el Comité promotor para el referéndum. Y, sin embargo, cabe apreciar también en el país transalpino la misma tendencia a una mayor intervención cautelar de la jurisdicción constitucional, como revela su aún reciente Ordinanza 4/2021 que, en una decisión sin precedentes, acordó por primera vez la suspensión cautelar de la aplicación de determinados preceptos de una ley regional, transcurridas casi dos décadas desde la introducción de dicha facultad (Ley de 5 de junio de 2003, n. 131 —mejor conocida como «*La Legge Loggia*»—). Una facultad que podría extenderse, en España, más allá de las impugnaciones del artículo 161.2 CE, mediando la pertinente reforma de la LOTC, como ya se ha sugerido en la doctrina (SIMÓN YARZA)[32].

5. En definitiva, si los años 20 del pasado siglo alumbrarían en Europa el comienzo del fin de la soberanía parlamentaria, en esta nueva década de los 20 parece que nos encontramos, a una escala sin duda menor pero igualmente trascendente, ante el germen de un nuevo cambio de paradigma: el posible comienzo del fin de la aparente «soberanía procedimental» *ex ante* del Parlamento. Y es que, como se ha examinado, este último reducto —real o figurado— del viejo principio de soberanía parlamentaria parece también amenazado por un creciente número de tribunales constitucionales que, en línea con el nuestro en su ATC 177/2022, consideran que la normatividad de la Constitución y la virtualidad de los derechos fundamentales impide reconocer a los parlamentos un ámbito temporal de inmunidad absoluta frente a la jurisdicción constitucional.

Este fenómeno, siempre con la imprescindible y ponderada prudencia que destilan, a nuestro juicio, las dos decisiones aquí examinadas, puede ayudar a moderar a modo de «leal recordatorio» las eventuales pulsiones abusivas de unas mayorías parlamentarias no siempre suficientemente comprometidas con los derechos de las minorías y, sin embargo, sometidas, como el resto de poderes públicos, a la normatividad de la Carta Magna (GARCÍA DE ENTERRÍA)[33]. Y ello pues supone un avance decidido hacia esa en ocasiones pareciera que utópica y «casi mágica» meta que, sin

31. Si bien sí resulta posible un conflicto entre Cámaras (véanse las Sentencias de la *Corte Costituzionale* 150 de 1980 y 129 de 1981).
32. Simón Yarza, Fernando, «Suspensión de la ley y recurso de inconstitucionalidad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 129, 2023, p. 114.
33. García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Cizur Menor, Aranzadi, Madrid, 2006.

embargo, nuestras constituciones rígidas aspiran a alcanzar: la implementación de los postulados del Estado de Derecho en el proceso legislativo (GALEOTTI)[34].

Por otro lado, frente a los augurios sobre una nueva era de autonomía parlamentaria deslavazada e irreconocible, rendida ante una futura y cotidiana intervención censora del Tribunal Constitucional en la actividad de las Cámaras, la propia realidad ha revelado esta doctrina como lo que es: un simple, último y extraordinario mecanismo a través del cual exigir de los órganos parlamentarios, en supuestos límite, una adecuada protección de los derechos fundamentales de los parlamentarios. Un bien jurídico irrenunciable, en tanto que expresión de la legitimidad del sistema, así como de ese «metavalor» absoluto que conocemos por pluralismo político (ZAGREBELSKY, 1992)[35] y que constituye, indudablemente, uno de los pilares irrenunciables de toda sociedad democrática avanzada. Esto es, aquella en que, siguiendo a MIRKINE-GUETZÉVICH, la voluntad popular no puede identificarse exclusivamente con la simple voluntad de la mayoría, sino, y aquí reside la clave, con su canalización a través de formas que garanticen su más razonable y justa expresión[36].

34. Galeotti, Sebastiano, *Contributo alla teoría del procedimiento legislativo*, Giuffre, Milano, 1957.
35. Zagrebelsky, Gustavo, *Il diritto mite*: *legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992.
36. Mirkine-Guetzévich, Boris, *Les Nouvelles tendances du droit costitutionnel*, LGDJ, París, 1936.

Capítulo 14

El juez constitucional y el estatuto del nacido en el extranjero por gestación subrogada. Reflexiones a partir de un recorrido jurisprudencial emblemático

Maria Grazia Rodomonte
Profesora Asociada de Derecho Constitucional
Universidad «La Sapienza» de Roma

SUMARIO: 1. PRÓLOGO. LA CORTE, LOS TRIBUNALES Y EL PODER LEGISLATIVO: ENTRE EL ACTIVISMO DE UNOS Y LA INERCIA DE OTROS. 2. SENTENCIA DE LA CORTE COSTITUZIONALE N.º 272/2017, EL TEDH Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. 3. ADOPCIÓN EN «CASOS ESPECIALES» Y LAS CARACTERÍSTICAS DE EFICACIA, CELERIDAD Y PLENITUD DEL VÍNCULO FILIAL ENTRE EL ADOPTANTE Y EL ADOPTADO: DECISIÓN Nº 33 DE 2021. 4. SENTENCIA N.º 79 DE 2022 Y LA JURISPRUDENCIA MÁS RECIENTE DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL ESTATUTO DEL HIJO NACIDO EN EL EXTRANJERO POR GESTACIÓN SUBROGADA. 5. LA «INTRINCADA TRAMA» ENTRE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL TRIBUNAL DE CASACIÓN: EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR ENTRE LOS DERECHOS DEL MENOR Y LA ELUSIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE GESTACIÓN SUBROGADA. 6. OBSERVACIONES CONCLUSIVAS.

1. PRÓLOGO. LA CORTE, LOS TRIBUNALES Y EL PODER LEGISLATIVO: ENTRE EL ACTIVISMO DE UNOS Y LA INERCIA DE OTROS

Los jueces, incluidos los constitucionales, se encuentran hoy en el centro de una demanda de justicia mucho más amplia que en el pasado, aún más compleja por un parámetro compuesto ahora de múltiples referencias normativas. En efecto, asistimos a dos fenómenos contemporáneos. Por un lado, a la Constitución y a las leyes se han sumado Convenios y Cartas de Derechos, tanto europeos como internacionales, lo que permite hablar de un «escritorio» del juez mucho más abarrotado que en el pasado[1] y de unas relaciones entre jueces —internacionales, supranacionales e internacionales— articuladas y en constante evolución, configurables como un complejo sistema «en red»[2] de protección de derechos típico del constitucionalismo multinivel contemporáneo. Este fenómeno va acompañado de la ampliación de la demanda de protección relacionada con la aparición de nuevas necesidades, expectativas y deseos —no todos los cuales, obviamente, pueden ser categorizados como derechos—, a menudo inducidos por las conquistas de la ciencia y la tecnología que ahora son capaces de afectar a la esfera más delicada de la vida humana: su principio y su fin[3]. En este con-

1. Así Alberto Randazzo, «Il ruolo dei giudici comuni e i loro rapporti con la Corte Europea dei diritti dell'uomo dinanzi alle "nuove domande di giustizia"», en *Giustizia Insieme*, 25 de junio de 2021. Sobre este tema véase también *id.*, «La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione», Giuffré, Milán, 2017; Cf. Marta Cartabia, «I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti Europee», Il Mulino, Bolonia, 2007.
2. Nicola Lupo, «La Corte costituzionale nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa, tra alti e bassi», en *Amministrazione in cammino,* 27 de marzo de 2020; Véase también *id.*, «Con quattro pronunce nel 2019 la Corte costituzionale completa il suo reingreso nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa», en *federalismi.it,* 13/2019. En particular, el autor utiliza la imagen de la «red» para representar la relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; sin embargo, esta imagen bien puede aplicarse como una forma de representación del diálogo general entre los jueces en el contexto de la protección multinivel de los derechos.
3. Stefano Agosta, «Bioetica e Costituzione», Giuffré, Milán, 2012; Roberto Bin, «La Corte e la scienza», en Antonio D'Aloia (ed.), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, Giappichelli, Turín, 2005, pp. 1 y ss.; C. Casonato, «La scienza come parametro interposto di costituzionalità», en *Rivista AIC*, 2/2016; *id.*, «Introduzione al biodiritto. La bioetica nel diritto costituzionale comparato», Quaderni del Dipartimento, Università degli studi di Trento, Trento, 2006; Francis Fukuyama, «L'uomo oltre l'uomo. Le conseguenze della rivoluzione tecnologica», Mondadori, Milán, 2002; Andrea Patroni Griffi, «Le regole della bioetica tra legislatore e giudici», Editoriale Scientifica, Nápoles, 2016; Stefano Rodotà, «Tecnologie e diritti», Il Mulino, Bolonia, 2021, en particular pp. 141-276; Antonio Ruggeri, «La "federalizzazione" dei diritti fondamentali, all'incrocio tra etica, scienza e diritto», en *Journal of Media Law*, n. 2, 2018, pp. 14-31.

texto, es bien conocida la dificultad del representante político para dar respuesta a demandas contrapuestas, resultantes de la fragmentación de la sociedad contemporánea y de sus necesidades[4]. Llamado a mediar entre necesidades a veces opuestas y aparentemente irreconciliables, el legislador parece preferir cada vez más la inercia a la acción y al riesgo que ello podría conllevar de deslegitimar aún más su papel; con la consecuencia, sin embargo, de ampliar el margen de intervención del juez[5]. Las lagunas y «anomalías» del sistema son de hecho la ocasión de su intervención sustitutiva y a veces incluso creativa[6]. La «jurisdiccionalización» de la regla normativa determina así un consecuente desplazamiento de la jurisdicción «del terreno del *control*, que es el que le es más propio», al de la «*mediación* y *regulación del* conflicto social», poniendo así en cuestión el principio de separación de poderes y revelando una indudable patología del sistema.

Los acontecimientos en torno a la maternidad subrogada en Italia se sitúan sin duda en la encrucijada de las numerosas cuestiones que se acaban de recordar y resultan emblemáticos de los retos que plantea en los ordenamientos jurídicos contemporáneos la dificultad de gobernar y resolver las contradicciones y los conflictos derivados de la multiplicación de pretensiones individuales siempre nuevas, a veces en ausencia de un *ethos* compartido. En el contexto de la protección «en red» de los derechos y de una relación con el legislador que se configura cada vez más como motivada por la intención de solicitar su intervención —pero marcando su camino—, nuestro juez constitucional no ha fallado, con referencia al caso del *estatuto de* un niño concebido en el extranjero recurriendo a la práctica prohibida en

4. Massimo Luciani, «Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato», en Nicolò Zanon, Francesca Biondi (eds.), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza politica*, Giuffré, Milán, 2001, pp. 109 y ss. Sobre el pluralismo social y cultural y sus repercusiones en la ampliación de la toma de decisiones judiciales véase Elisa Olivito, «Giudici e legislatori di fronte alla multiculturalità», en *statoechiese.it*, 2011, en particular pp. 1-13.

5. Cf. Raffaele Guido Rodio, «Alcune riflessioni su anomie, lacune e limiti dell'interpretazione giurisprudenziale», en *Rivista AIC*, n. 1, 2019, p. 2. Sobre el tema véase también Giusi Sorrenti, «Il giudice soggetto alla legge... in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi», en *costituzionalismo.it*, 1/2018, 59 ss.

6. Sobre la problemática relación entre los jueces, en particular los constitucionales, y los legisladores, véase Andrea Morrone, «Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legitittimazione politica della Corte costituzionale», en *Quaderni Costituzionali,* 2019, pp. 251-290; *id.* «Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione», en *federalismi.it*, n. 12, 2021; Massimo Luciani, «Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)», en *Rivista AIC*, 3/2012, p. 2; *id.*, *Ogni cosa al suo posto,* Giuffré, Milán, 2023; Michele Massa, «Minimalismo giudiziario. L'opzione per la moderazione nella giurisprudenza costituzionale», Franco Angeli, Milán, 2023; Paolo Zicchittu, «Le zone franche del potere legislativo», Giapichelli, Turín, 2017.

Italia de la maternidad subrogada, de recurrir a advertencias, balances y valoraciones hechas también a la luz, como sucede a menudo, de «evoluciones de la conciencia social» que hacen muy interesante, además de particularmente actual, volver sobre algunas de las principales etapas.

2. SENTENCIA DE LA CORTE COSTITUZIONALE N.º 272/2017, EL TEDH Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

El juez constitucional italiano ha declarado en repetidas ocasiones que la práctica de la maternidad subrogada es profundamente lesiva para la dignidad de la mujer, al socavar las relaciones humanas en sus raíces, reconociendo, al mismo tiempo, la centralidad del *interés superior del niño* en referencia a la definición del estatuto del niño nacido en el extranjero como resultado de esta práctica. Recordemos que la maternidad subrogada es una técnica particular de procreación médicamente asistida (PMA) en la que la mujer gestante, sobre la base de un contrato estipulado con un particular o una pareja comitente, heterosexual u homosexual, se obliga —gratuitamente o, como ocurre más generalmente, a cambio de una remuneración— a entregar el niño a los «comitentes» al final del embarazo. Esta práctica también puede implicar a una madre genética, que es la que —generalmente siempre a cambio de una remuneración— proporciona los óvulos que posteriormente son fecundados por el padre biológico del feto. Este último puede ser interno a la pareja o externo a ella, el llamado donante. El embarazo lo lleva a cabo otra mujer, la madre biológica, que, sin embargo, no será también la madre «intencional» (o «social»), ya que la relación con el niño terminará necesariamente en el momento de su nacimiento y su «entrega» a los «donantes». Por tanto, ambos miembros de la pareja pueden ser los llamados padres «intencionales» (o «sociales») o uno de ellos será el padre biológico y el otro el padre intencional. Desde 2004, nuestro legislador prohíbe esta práctica sobre la base de una legislación que figura entre las más restrictivas en la materia. Según lo dispuesto en el artículo 12, apartado 6, de la Ley n.º 40 de 2004 (*Reglamento sobre la procreación médicamente asistida*) —una ley que se utilizó tardíamente para regular la procreación médicamente asistida en Italia—, «quien, en cualquier forma, realice, organice o publicite la comercialización de gametos o embriones o la maternidad subrogada será castigado con pena de prisión de tres meses a dos años y multa de 600.000 a 1 millón de euros»[7]. Sin embargo, esta prohibición no

7. Como es bien sabido, por el contrario, el Tribunal Constitucional en varias ocasiones no ha dudado en declarar la inconstitucionalidad de otras disposiciones contenidas originariamente en la Ley núm. 40/2004 y referidas a la procreación médicamente asistida, desde la prohibición de crear embriones supernumerarios con la correlativa obligación de implantación simultánea (sent. n.º 151/2009) hasta la prohibición de la

impidió el fenómeno del llamado «turismo procreativo»[8]. Como recordaron las Secciones Unidas del Tribunal de Casación en 2022, muchos ciudadanos «cuando cuentan con el apoyo de una disponibilidad económica adecuada» deciden viajar al extranjero «a países que han regulado y permitido esta técnica de procreación». En otras palabras, «la regulación permisiva presente en algunos países extranjeros favorece el turismo procreativo de ciudadanos italianos que se desplazan al extranjero para obtener, en cumplimiento de la *lex loci*, lo que está prohibido en Italia». Parejas con problemas de esterilidad femenina o parejas homosexuales que desean acceder a la filiación acuden al extranjero para realizar allí el proyecto procreativo prohibido en nuestro país.

Precisamente por eso nuestro legislador aprobó recientemente el proyecto de ley núm. 824, que modifica el art. 6 de la ley núm. 40 de 2004 ampliando la prohibición a la práctica de la gestación subrogada incluso si la realizan en el extranjero ciudadanos italianos. Se trata de una integración de la disposición original que, por tanto, sigue la estela de la legislación y la jurisprudencia anteriores, intentando cerrar, en la medida de lo posible, esa brecha que hasta ahora ha permitido la práctica del turismo procreativo, contrarrestando así la lógica del «hecho consumado». La disposición según la cual el apartado 6 del artículo 12 de la ley de 19 de febrero de 2004, n. 40, se añade la siguiente frase: «Si los hechos mencionados en la frase anterior, en relación con la maternidad subrogada, se cometen en el extranjero, el ciudadano italiano será castigado según la ley italiana», tiene en realidad el

---

fecundación heteróloga para parejas infértiles (sent. n.º 162/2014) pasando por la prohibición del diagnóstico preimplantacional para parejas portadoras de enfermedades genéticamente transmisibles (sent. n.º 96/2015 y n.º 229/2015). Entre los numerosos trabajos monográficos sobre el tema véase, entre otros, Alfonso Celotto – Nicolò Zanon (eds.), «La procreazione medmente assistita. A margine di una legge controversa», Franco Angeli, Milán, 2004; Antonio D'Aloia (ed.), «Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale», Atti del seminario (Parma, 19 marzo 2004), Quaderni del Gruppo di Pisa, Giappichelli, Turín, 2005; Filipp Vari, «Concepito e procreazione assistita. Profili costituzionali», Cacucci, Bari, 2008; Marilisa D'Amico – Benedetta Liberali (eds.), «La legge n. 40 del 2004 ancora a giudizio. La parola alla Corte costituzionale», Franco Angeli, Milán, 2012; *id*., «Procreazione medicamente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future», ESI, Nápoles, 2016; Silvia Niccolai – E. Olivito, «Maternità, filiazione, genitorialità: i nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale», Jovene, Nápoles, 2017; Francesca Angelini, «Profili costituzionali della procreazione medicamente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia», Editoriale Scientifica, Nápoles, 2020; Stefano Agosta, «Procreazione medmente assistita e dignità dell'embrione», Aracne, Roma, 2020.

8. Tribunal de Casación, Secciones Civiles Conjuntas, Sentencia n.º 38162 de 30 de diciembre de 2022.

objetivo de reforzar la eficacia de protección penal respecto del delito de gestación subrogada, ya sancionado por la formulación original de la ley núm. 40 de 2004.

Más allá de las implicaciones prácticas de tal prohibición y de su función de «disuasión» efectiva, lo cierto es que el uso de la práctica de la gestación subrogada en el extranjero plantea la cuestión del estatuto de la persona nacida gracias a esta práctica, cuestión que, como es evidente, se ha traducido «en el problema del reconocimiento en Italia de la filiación adquirida fuera de las fronteras nacionales»[9].

La Corte Constitucional abordó por primera vez de lleno el complejo tema del estatus de los nacidos en el extranjero a partir de esa práctica en la Sentencia Nº 272 de 2017. No dejó de señalar que en esa ocasión la Corte, aunque en una decisión infundada, se refirió al tema incluso «ad abundantiam», es decir, dijo «más de lo que se le pedía»[10], abandonando así ese «prudente comportamiento»[11] que en materia de maternidad subrogada había distinguido su jurisprudencia hasta ese momento[12]. De hecho, el Tribunal no sólo estigmatizó negativamente esta práctica, en el sentido de que

9. *Corte di cassazione, Sezioni unite civili*, Sentencia de 30 dicembre 2022, n. 38162.

10. Francesca Angelini, «Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte Costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l'acqua sporca», en *costituzionalismo.it*, n. 1, 2018, p. 151. Para otros comentarios sobre la decisión, véase Stefania Cecchini, «Il divieto di maternità surrogata osservato da una prospettiva costituzionale», en *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto, n.* 2, 2019; Giuditta Matucci, «La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all'interesse concreto del minore (Nota a sent. Corte cost, 18 dicembre 2017, n. 272)» en *forumcostituzionale.it*, 15 de febrero de 2018; Giuseppina Barcellona, «La Corte e il peccato originale: quando le colpe dei padri ricadono sui figli. Brevi note a margine di Corte cost. 272 del 2017», en *forumcostituzionale.it*, 9 de marzo de 2018; Silvia Niccolai, «La regola di giudizio. Un invito dalla Corte a riflettere sui limiti del volontarismo», en *Giurisprudenza costituzionale,* 2017, 2990 y ss.; Elisa Olivito, «Di alcuni fraintendimenti intorno alla maternità surrogata. il giudice soggetto alla legge e l'interpretazione para-costituzionale», en *RivistaAic*, n. 2, 2018.

11. En estos términos véase Stefano Agosta, «In fuga dai divieti: una riflessione sulla proibizione italiana della gestazione per altri», en *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2018, p. 90.

12. En su anterior sentencia n.º 162 de 2014, la Corte Constitucional se había limitado, de hecho, a distinguir esta práctica de la fecundación heteróloga, que, en cambio, está permitida en determinadas condiciones y que se refiere «exclusivamente al caso en que se haya constatado la existencia de una patología que sea causa irreversible de esterilidad absoluta o infertilidad». En particular, el Tribunal sostiene que la práctica de la AMH heteróloga «debe circunscribirse estrictamente a la donación de gametos y mantenerse diferenciada de otros métodos distintos, como la denominada "maternidad subrogada", expresamente prohibida por el artículo 12, apartado 6, de la Ley 40 de 2004, cuya prescripción no se censura y que en modo alguno y en ningún punto se ve afectada por la presente sentencia, preservando así su vigencia y eficacia».

«ofende intolerablemente la dignidad de la mujer y atenta profundamente contra las relaciones humanas», sino que también recordó «*el alto grado de criminalidad que nuestro ordenamiento jurídico atribuye a la maternidad subrogada, prohibida por una disposición penal específica*». Incluso dentro de los límites claramente establecidos de la prohibición de la práctica de la maternidad subrogada, el Tribunal considera necesario no eludir la necesidad de encontrar un equilibrio entre intereses opuestos representados por la verdad del Estado, por una parte, y los intereses del menor, por otra. La necesidad de establecer un equilibrio entre los distintos intereses, con exclusión de todo automatismo decisorio irrazonable, se deriva de la constatación de que «aunque el ordenamiento jurídico es fuertemente favorable a la conformidad del *estado* con la realidad de la procreación», la constatación de la verdad biológica y genética del individuo no constituye, a juicio de la *Corte Costituzionale*, un valor de importancia constitucional absoluta como para escapar a toda ponderación. El Tribunal recordó que en su jurisprudencia anterior la verdad biológica de la procreación ya había representado «un componente esencial» de la identidad personal del niño que contribuye, sin embargo, junto con otros, a definir su contenido[13]. De acuerdo con la evolución de las disposiciones legislativas relativas al *status filiationis* y en línea, por tanto, con su jurisprudencia anterior también en este contexto la verdad del *status* ya no puede tomarse, como en el pasado, como un valor absoluto y prevalente, sino que es el «interés del menor» el que se ha convertido progresivamente en el criterio rector de la actuación del juez, a falta de soluciones predeterminadas por el legislador. La Corte recuerda un poco más adelante (punto 4.3 cons. dir.), que «hay casos en los que la valoración comparativa de los intereses la realiza directamente la ley, como ocurre con la prohibición de inhabilitación tras la fecundación heteróloga». En otros, en cambio, el legislador impone «el reconocimiento ineludible de la verdad con prohibiciones como la de la maternidad subrogada». Pero incluso en estos casos «no se anula el interés superior del niño». El interés superior del menor, también a la luz de la jurisprudencia del TEDH, a la que se hace referencia expresa, implica por tanto la necesidad de garantizar el mantenimiento de los vínculos de cuidado y afecto del niño también con el progenitor previsto sin que ello implique la transcripción automática de la partida de nacimiento obtenida en el extranjero. En cualquier caso, este interés debe conciliarse con la prohibición de la práctica de la maternidad subro-

13. Con referencia a ambos véase Giuditta Matucci, «La dissoluzione del paradigma della verità della filiazione innanzi all'interesse concreto del minore (Nota a sent. Corte cost, 18 dicembre 2017, n. 272)» en *forumcostituzionale.it*, 15 de febrero de 2018, en particular pp. 1-7. La propia Corte Constitucional recuerda en el apartado n. 4.2, *ex* plurimis, las sentencias n. 7 de 2013; n. 31 de 2012; n. 283 de 1999; n. 303 de 1996; n. 148 de 19992 y n. 11 de 1981.

gada sancionada por el legislador italiano. La vía indicada por el juez constitucional es, pues, la del recurso a la adopción en casos particulares tras efectuarse un examen del caso individual, por el tribunal de competente.

En esta ocasión, la Corte parece ofrecer así una solución al problema que se plantea concretamente en relación con el estatuto de un niño concebido en el extranjero recurriendo a la maternidad subrogada. Es innegable que procedió, incluso más allá del *petitum*, a «llenar» un espacio no regulado por el legislador, espacio en el que, de hecho, ya había intervenido el tribunal europeo. Si se compara la intervención del juez constitucional en esta ocasión con la jurisprudencia de unos años antes del TEDH sobre el estatuto de los niños nacidos por gestación subrogada, se observa la casi perfecta correspondencia con la solución ya ofrecida por este último, a partir de las conocidas sentencias «gemelas» de 2014, dictadas en los asuntos *Mennesson* c. Francia y *Labassé* c. Francia[14]. Se trataba de dos casos similares que afectaban a dos parejas de nacionalidad francesa que habían recurrido a la práctica de la gestación subrogada en Estados Unidos. En ambos casos, sólo el padre intencional era también el padre biológico de los niños nacidos como resultado de la maternidad subrogada. El *estatuto de filiationis*, reconocido en ambos casos en Estados Unidos también respecto del padre intencional, había sido denegado en Francia, ya que la maternidad subrogada es también una práctica prohibida y sancionada por el Derecho francés. De este modo, se había impedido la transcripción de los correspondientes certificados de nacimiento en los registros civiles franceses competentes y se había denegado el reconocimiento de las sentencias que habían reconocido dicho estatuto en Estados Unidos por ser contrario al orden público internacional. En las dos sentencias «gemelas», el Tribunal de Estrasburgo se limita así a constatar una regulación diferente en los Estados pertenecientes al Consejo de Europa en lo que se refiere a la práctica de la maternidad subrogada, reconociendo al mismo tiempo que disponen de un amplio margen de apreciación en cuestiones éticas, pero precisando también que este margen de apreciación debe limitarse cuando se viola el artículo 8 del Convenio con respecto a los niños nacidos de esta práctica procreadora. En efecto, si el artículo 8, que reconoce el derecho a la vida privada y familiar, no se considera violado en detrimento de las parejas que, en cualquier caso, han podido establecer condiciones de vida familiar comparables a las de otras familias, este derecho se vería violado con respecto a los menores cuyos intereses deben considerarse primordiales. En efecto, el no reconocimiento del vínculo de filiación habría condicionado su vida familiar, dando lugar a una situación de inseguridad jurídica que habría menoscabado la identidad de los menores en el seno de la sociedad fran-

14. 26 de junio de 2014, recursos n.º 65192 de 2011 y n.º 65941 de 2011.

cesa[15]. La necesidad de reconocer el vínculo no sólo con el progenitor biológico sino también con el progenitor intencional no deja, sin embargo, a los Estados ningún margen de apreciación en cuanto a la forma de reconocer el vínculo de filiación, excluyendo que la transcripción de la partida de nacimiento obtenida en el extranjero sea necesariamente exigida si el Estado concreto no la considera compatible con la eventual prohibición de la práctica de la maternidad subrogada en su Derecho interno.

3. ADOPCIÓN EN «CASOS ESPECIALES» Y LAS CARACTERÍSTICAS DE EFICACIA, CELERIDAD Y PLENITUD DEL VÍNCULO FILIAL ENTRE EL ADOPTANTE Y EL ADOPTADO: DECISIÓN Nº 33 DE 2021

Como parte del camino jurisprudencial que condujo a la definición del estatuto del niño nacido por gestación subrogada en el extranjero, otro paso fundamental de la Corte Constitucional[16] está representado por la Decisión n.º 33 de 2021[17]. Según muchos comentaristas, se trataría de un «cambio de

15. Este enfoque del TEDH du se confirma en el caso posterior *Paradiso – Campanelli v. Italia* (*Grande Chambre*, 2017, núm. 25358/12, sobre el que véase Costanza Masciotta, «L'allontanamento del minore come extrema ratio anche in caso di maternità surrogata: la Corte di Strasburgo condanna l'Italia per violazione della vita familiare», en *Rivista AIC*, n. 4, 2015) aunque debe tenerse en cuenta la diferencia del caso recurrido. En este caso, en efecto, no existe ningún vínculo biológico entre el niño y los padres intencionales; además, tras un breve período vivido con los padres intencionales, el juez ordenó separar al niño de los padres intencionales y, tras una fase inicial vivida en un hogar familiar, el niño vivió con una pareja de acogida durante dos años. Contrariamente a lo que el Tribunal dictaminó en 2014, en esta hipótesis se excluye por tanto una violación del artículo 8 del Convenio, en ausencia de vínculos biológicos y debido a la corta duración de la relación con el propio niño por parte de los padres intencionales, ya que de hecho no existe vida familiar entre los demandantes y el niño y el acto de ponderación realizado por el juez italiano entre los diferentes intereses en juego y que condujo a la separación del niño de la pareja intencional, entra dentro del margen de apreciación del Estado.

16. Esta decisión sigue a otros dos pronunciamientos significativos del Tribunal Constitucional, el n.º 221 de 2019 y el n.º 230 de 2020, ambos referidos a la diferente cuestión del reconocimiento de los hijos nacidos de parejas homogéneas femeninas y en los que se vuelve a reafirmar el límite de la prohibición de la gestación subrogada en una serie de *obiter dicta.* Estas resoluciones destacan por sostener ambas, en línea con la anterior resolución n.º 272 de 2017, que la solución para mantener el vínculo con el progenitor no biológico es la adopción en casos especiales.

17. La continuidad no debe entenderse como superposición de los casos, ya que en la primera hipótesis se trataba de una cuestión de tenor muy diferente respecto de la aquí tratada, sino más bien en el hecho de que la Consulta se considera «*dominada* por el límite constituido por el respeto de la discrecionalidad del legislador y, por lo tanto,

ritmo» significativo por parte del Tribunal Constitucional[18], tal vez implícitamente inducido por el cambio de marco de la jurisprudencia posterior a 2017 del TEDH[19]. En efecto, cabe recordar que después de las dos conocidas sentencias de 2014, el TEDH intervino en particular en 2019 sobre la base del Protocolo n ° 16 con una opinión consultiva solicitada por el Tribunal de Casación francés precisamente a raíz de las sentencias *Mennesson* y *Lambassé c. Francia*[20]. En esta ocasión, el Tribunal de Estrasburgo afirma una vez más que, en el caso de gestación subrogada en el extranjero realizada con la contribución genética del hombre de la pareja comitente, al regresar al país de origen debe reconocerse también el vínculo con la madre intencional en el interés superior del niño. Por tanto, reitera que entra dentro del margen de apreciación de los Estados elegir la forma de reconocer dicho vínculo. No obstante, en esta ocasión, el Tribunal subraya que la solución elegida para garantizar el reconocimiento del v³nculo tambi³n con el progenitor social debe, en cualquier caso, poder garantizar una protecci³n inmediata y efectiva.

La Corte Constitucional examina en su sentencia de 2021 el estado civil de los niños nacidos mediante la práctica de la maternidad subrogada[21]. En ella establece que no se trata en este caso de reconocer un supuesto «derecho a la paternidad», sino que se invertiría la perspectiva como «paidocéntrica»[22]. Por el contrario, puede considerarse que es precisamente la perspectiva de los deberes, más que la de los derechos, la que permite invocar determinadas soluciones como una vía, indefectible e inaplazable por el legislador, representada, según el Tribunal, por la necesidad de mantener el vínculo social con el hijo como un deber de ambas partes, tanto del progenitor biológico como del progenitor intencional, que han asumido libre-

---

capaz en buena sustancia de hacer uso de ella como quiera, a modo de acordeón» (así Antonio Ruggeri, «La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)», en *Consulta online,* n. 1, 2021, p. 221; y en el hecho de que ambas niegan la posibilidad de recurrir a la adopción en casos particulares.

18. Así, Elisabetta Frontoni, «L'adozione in "casi particolari" non è più sufficiente per tutelare l'interesse dei minori nati attraverso la maternità surrogata», en *Nomos,* n. 2, 2021, p. 3.
19. *Ib*., 6.
20. El Pleno del Tribunal Supremo pregunta, en particular, si al reconocer la transcripción en los registros del estado civil de la partida de nacimiento de un niño nacido en el extranjero tras gestación subrogada con la designación del padre intencional únicamente, el Estado parte excede el margen de apreciación de que dispone en virtud del artículo 8 del CEDH y si, a este respecto, es necesario distinguir si el niño ha sido concebido o no con los gametos de la madre social.
21. Elisabetta Frontoni, *L'adozione...,* cit., 6.
22. Sobre lo cual véase entre otros Giovanni Maria Flick, «Diritto ad avere un genitore e/o diritto ad essere un genitore: una riflessione introduttiva», en *RivistaAic,* n. 1, 2017.

mente la responsabilidad del proyecto parental y cualquiera que sea la unidad familiar que ha nacido de una elección consciente y voluntariamente realizada, es decir, tanto si se trata de una formación social heterosexual como homosexual. Se trata, por tanto, según la Corte, de reconocer el deber de mantener una responsabilidad asumida para salvaguardar el interés superior del menor. Este interés, de hecho, también a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sólo puede hacerse coincidir con el mantenimiento y consolidación de los vínculos de cuidado y afecto que se han creado entre quienes se han ocupado concretamente del menor, y éste. Según la Corte, «*no cabe duda, a este respecto, de que el interés de un niño cuidado desde su nacimiento (en el caso objeto del litigio principal, durante casi seis años) por una pareja que ha compartido la decisión de traerlo al mundo es el de obtener el reconocimiento, incluso jurídico, de los vínculos que, de hecho, unen ya al niño con ambos miembros de la pareja, sin que ello tenga, obviamente, implicaciones en cuanto a las posibles relaciones jurídicas entre el niño y la madre de alquiler*». Ese interés también es relevante en relación con el hecho de que esos vínculos, como afirmó el TEDH, son parte integrante de la identidad del niño, «de modo que *el interés del niño en que esos vínculos sean reconocidos no sólo social sino también jurídicamente*, a todos los efectos que son relevantes para su vida —desde el cuidado de su salud hasta su escolarización, pasando por la protección de sus intereses patrimoniales y de sus derechos sucesorios— *es indiscutible*; pero también, e incluso antes, a los efectos de ser identificado por la ley como miembro de esa familia o núcleo de afectos, constituido por todas las personas que efectivamente lo integran[23]. Y ello *incluso cuando el núcleo en cuestión se estructura en torno a una pareja integrada por personas del mismo sexo*, pues la orientación sexual de la pareja no afecta por sí misma a la idoneidad para asumir la responsabilidad parental (Sentencia núm. 221 de 2019, Tribunal de Casación, Sección Primera de lo Civil, Sentencia núm. 12962, de 22 de junio de 2016; Sección Primera de lo Civil, Sentencia núm. 601, de 11 de enero de 2013)». El equilibrio alcanzado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también es considerado por la Corte perfectamente acorde con todos los principios consagrados en la Constitución y referidos por el tribunal *a quo*; además, si por un lado no obstaculiza la opción de no transcribir la partida de nacimiento, por otro *exige **que** se garantice «el interés del niño en el reconocimiento jurídico de su relación con ambos miembros de la pareja que no sólo quisieron que el niño naciera en un país extranjero de conformidad con la lex loci, sino que luego se ocuparon de él, ejerciendo de facto la responsabilidad parental*». Por último, esta protección debe «garantizarse *mediante un procedimiento de adopción eficaz y*

23. Sobre la sentencia del Tribunal Supremo de Casación n.º 12962 de 2016, nos remitimos al comentario de Ilenia Massa Pinto, «Unione omosessuale e adozione: chi decide?», en *RivistaAic*, n. 4, 2016.

rápido que reconozca *la plenitud del vínculo filial entre el padre adoptivo y el* hijo *adoptado*, cuando se haya comprobado en la práctica el interés del niño». Por el contrario, «*cualquier solución que no ofreciera al niño ninguna posibilidad de tal reconocimiento, aunque fuera a posteriori y previa exploración judicial, acabaría instrumentalizando la persona del niño en nombre del objetivo, aunque legítimo, de desincentivar el recurso a la práctica de la maternidad subrogada*». Precisamente a la luz de lo observado, según la Corte, como bien había argumentado el recurrente, el recurso a la adopción en casos especiales, tal y como se recoge en la sentencia de 2017, ya no parece viable, pues la institución en cuestión carece de aquellas características que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera indispensables, en particular, la eficacia y rapidez de la medida de adopción y la plenitud de la relación filial entre el adoptado y el adoptante. En efecto, la adopción en casos especiales constituye «una forma de protección de los intereses del niño ciertamente significativa, pero todavía no plenamente adecuada al nivel de los principios constitucionales y supranacionales recordados».

En comparación con el precedente representado por la Decisión n.º 272 de 2017, se trata, por tanto, de un auténtico *revulsivo*, al menos en lo que se refiere a la posibilidad de que el interés superior del menor pueda salvaguardarse mediante el recurso a la adopción no estatutaria. En esta nueva dirección del Tribunal, se vuelve a escuchar el eco de la jurisprudencia más reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no solo la de sus decisiones más conocidas y recientes, sino también la del dictamen emitido en virtud del Protocolo n.º 16, no ratificado por Italia pero al que, sin embargo, se refiere la Corte Constitucional. A diferencia de lo que ocurrió con la conocida jurisprudencia sobre el final de la vida, la Corte en esta circunstancia, mediante una decisión monitoria de rechazo, no establece por tanto un *dies a quo* para la intervención del legislador, opción que hubiera sido mucho más ardua para aquella. Frente a un abanico de opciones posibles, «todas compatibles con la Constitución y todas que implican una intervención en materias de gran complejidad sistemática» (sentencia n.º 33/2021), el Tribunal reconoce que corresponde al legislador intervenir en primera instancia, además con lo que el Tribunal considera un importante margen de maniobra para identificar una solución que tenga en cuenta todos los derechos y principios en juego. Sin embargo, la intervención del legislador se considera «inaplazable», lo que no excluye para la Corte la posibilidad de intervenir posteriormente, en caso de que el legislador permanezca culpablemente inerte, en un «juego de remesas» que se reserva para sí mismo y que muestra claramente el hecho de que considera el papel del legislador perfectamente fungible con respecto a su propio papel de

«suplantador»[24]. En otras palabras, se trata del reconocimiento de una discrecionalidad legislativa colocada *sub condicione* y, como se ha dicho con razón, de la «cesión estructural del principio de separación de poderes, susceptible de ser dejada de lado a discreción del juez de las leyes y según las ocasiones»[25].

4. SENTENCIA N.º 79 DE 2022 Y LA JURISPRUDENCIA MÁS RECIENTE DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL ESTATUTO DEL HIJO NACIDO EN EL EXTRANJERO POR GESTACIÓN SUBROGADA

Una reciente sentencia constitucional, la n.º 79 de 2022, completa el cuadro de la jurisprudencia sobre el estatuto de los niños nacidos por gestación subrogada. En esta sentencia, la Corte, en línea con sus precedentes en la materia, no duda en remover uno de los obstáculos que habían impedido considerar la adopción en supuestos especiales como una adopción capaz de asegurar «la plenitud del vínculo filial entre adoptado y adoptante». De hecho, el Tribunal reconoce que «el esfuerzo por frenar esta práctica —esfuerzo que requiere compromisos también a nivel internacional— no permite ignorar la realidad de los niños que viven en una relación afectiva de hecho con la pareja del progenitor biológico». Es precisamente la atención prestada al interés preeminente del niño lo que lleva al juez de derecho a señalar que en la actualidad «sólo al niño adoptado en casos particulares se le niegan los vínculos parentales con la familia del padre adoptivo». En la perspectiva de la centralidad del interés del menor, la Corte considera, por tanto, que incluso la singularidad del estatuto del menor debe ceder a veces ante la evolución de la conciencia social y la realidad de una multiformidad de familias. De ahí la declaración de ilegitimidad constitucional del artículo 55 de la Ley n.º 184/1983 sobre «El derecho del niño a una familia», en la parte en que esta norma dispone que la institución de la adopción en casos especiales no establece relación civil alguna entre el adoptado y la

24. Así Antonio Ruggeri, «La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore (nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021)», en *Consulta online,* n. 1, 2021.

25. Para un comentario sobre la decisión, véase Maria Chiara Errigo, «Garantire le relazioni familiari. La decisione della Corte costituzionale n. 79/20222», en *Osservatorio costituzionale AIC*, n. 3, 2022, pp. 330 y ss.; Elisabetta Crivelli, «La Corte costituzionale garantisce i rapporti di parenela a tutti i minori adottati: nota alla sentenza n. 79 del 2022», en *Osservatorio costituzionale AIC*, n. 5, 2022, pp. 129 y ss.; G. FERRANDO, «Adozione in casi particolari e rapporti di parenela Cambia qualcosa per i figli nati da maternità surrogata?» in *Questione Giustizia,* 7/6/2022; Maria Cristina Carbone, «Famiglia e nuovi rapporti di parentela: la Corte costituzionale traccia il sentiero per il riconoscimento giudico della "familiarità sociale"», en *Consulta online*, n. 3, 2022, p. 1155.

familia del adoptante, remitiéndose a la aplicación del artículo 300 del Código Civil, relativo a la disciplina de la adopción de mayores de edad. El tribunal en este caso, a diferencia de los precedentes que se han referido hasta ahora, opta por tomar el camino de la inconstitucionalidad recurriendo, como ha sucedido en otras ocasiones al tratar el tema de la familia y la filiación, al argumento de la evolución de la conciencia social[26]. Es precisamente desde esta perspectiva, por tanto, que la sentencia, como se ha afirmado, «contribuye cada vez más a sostener la acreditación de la jurisprudencia constitucional como intérprete de primer orden de la evolución de la conciencia social, cada vez más preocupada por las cuestiones relativas a los derechos de la persona en la vida de relación, sobre las que también suele existir un intenso debate en la opinión pública». Por otra parte, la intervención del Tribunal forma parte de una jurisprudencia que, también a través de las intervenciones de los jueces de mérito y legitimidad, así como de las del propio Tribunal, ha contribuido progresivamente a la remodelación del sistema familiar y de filiación que se produce cada vez más al margen de lo dispuesto en los artículos 29 y 30 de la Constitución. También es significativo en la decisión que comentamos el hecho de que la propia referencia a la realidad multiforme de las familias no conduce a ninguna referencia al artículo 29 de la Constitución en ninguno de los pasajes de los fundamentos. Significativamente, la Corte se refiere de hecho exclusivamente al artículo 31 de la Constitución y a la protección de la infancia y, sobre todo, «el razonamiento del juez constitucional parece más acorde con la locución más amplia "derecho a la vida privada y familiar" del artículo 8 CEDH»[27]. Es decir, parece que prefiere un enfoque dirigido a realzar las situaciones subjetivas individuales y, posteriormente, las consecuencias relacionales de las elecciones personales, en lugar de los valores de unidad y estabilidad del grupo unido por lazos de sangre.

Por último, el Tribunal Supremo de Casación, en su sentencia núm. 38162, de 30 de diciembre de 2022 (Secciones Conjuntas), confirma la solución adoptada para la adopción en casos particulares, también a la luz de las «modificaciones» introducidas por la última declaración de inconstitucionalidad, que puede considerarse que han eliminado los obstáculos que impedían que la adopción se llevara a cabo con rapidez y para garantizar que el niño tenga también vínculos parentales con el progenitor intencional. En esta ocasión, el Tribunal Supremo reitera en primer lugar lo que ya había sostenido en 2019 en la conocida sentencia núm. 12193 y en la de la Sección Primera de lo Civil de 2014 (núm. 24001) y es que la prohibición de la maternidad subrogada representa un límite de orden público internacional;

26. Así Maria Cristina CARBONE, «Famiglia e nuovi rapporti di parentela...» cit., p. 1155.
27. *Ib.*, p. 1164.

además, enlazando con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia, afirma que el punto de equilibrio entre la necesidad de mantener vigente este límite y la de velar por el *interés superior del menor*, trazable a la necesidad de salvaguardar los lazos de cuidado y afecto con ambas partes pertenecientes a la pareja parental, biológica e intencional, que concretamente se hizo cargo del menor, lo representa la adopción en casos especiales. Parece incontrovertible, según las Secciones Conjuntas, que la adopción «leve», especialmente tras la decisión del Tribunal Constitucional n.º 79 de 2022, permite cumplir los criterios identificados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Dictamen en virtud del Protocolo 16, como de hecho en sus decisiones más recientes.

La decisión de 2022 ha sido definida, con razón, como una decisión «de sistema»[28]del Tribunal Supremo porque, de hecho, llegando al final del «problemático»[29] recorrido jurisprudencial que aquí se ha intentado reconstruir sumariamente y que ha tenido como protagonistas a la Corte Constitucional, al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y al propio Tribunal de Casación, es capaz de ofrecer una imagen clara y, sobre todo, coherente de las adquisiciones de este complejo tejido jurisprudencial[30]. No sólo las referidas al tema de la filiación derivada de la maternidad subrogada sino, como bien se señala, de todos los diferentes niveles de interpretación que en ocasiones han parecido entrelazarse en una especie de madeja inextricable y compleja: desde *el interés superior del menor* hasta el límite del orden público internacional, pasando por la adopción en casos particulares y sin olvidar el principio de dignidad y el principio de efectividad y por tanto el papel de la jurisprudencia y el del legislador, todos ellos tomados en consideración por las Secciones Unidas y compuestos en un sistema armónico y unitario[31]. En este sentido, puede considerarse como una decisión «global» sobre la controvertida y delicada cuestión de la subrogación que, además, «ha aliviado al intérprete de la sensación de incertidumbre que ha caracterizado durante mucho tiempo la actual temporada del Derecho de familia».

El Tribunal Supremo no ahorra incursiones significativas también sobre las razones éticas del disvalor de la maternidad subrogada y valoraciones ampliamente compartidas sobre los reflejos que tal práctica determina en la vida de personas concretas como la mujer gestante y el niño; además,

28. Así, Mirzia Bianca, «Le Sezioni Unite e i figliati da maternità surrogata: una decisione si sistema. Ancora qualche riflessione sul principio di effettività nel diritto di famiglia», en *Questione Giustizia,* 6/2/2023.
29. *Ib*.
30. *Ib*.
31. *Ib*.

hace un intento de trazar una línea de demarcación —o quizás sería mejor decir de «cooperación leal»— entre el derecho jurisprudencial y el legislativo; entre lo que corresponde y no puede dejar de corresponder al legislador y lo que, en cambio, corresponde a los jueces, también en relación con ciertas lagunas normativas claramente presentes en las normas sobre la materia, recordando que «la jurisprudencia no es fuente del derecho» y no puede, por tanto, sustituir al legislador. El Tribunal Supremo recuerda cómo la definición del estatuto del niño nacido en el extranjero por gestación subrogada es compleja, no sólo porque el legislador no ha regulado «el destino del niño nacido a pesar de la prohibición», sino también porque es necesario salvaguardar intereses diferentes, por un lado los principios inspiradores del ordenamiento jurídico italiano y, por otro, la necesidad de proteger el derecho del niño «a la continuidad de la relación afectiva con ambas partes que han compartido la decisión de traerlo al mundo, sin que la modalidad procreativa sea un obstáculo».

El razonamiento del Tribunal de Casación parece ciertamente discutible, ya que es evidente que, una vez nacido, el niño, sujeto inocente de una elección hecha por otros, acabaría siendo discriminado como consecuencia de las elecciones de quienes concibieron su nacimiento. Sin embargo, no puede negarse, al menos en opinión de quien esto escribe, que resulta inevitable un verdadero «cortocircuito» de los intereses en juego cuando se hace corresponder el interés del niño con la consolidación de vínculos ya establecidos de facto y a pesar de la prohibición establecida por el legislador; un cortocircuito que, por otra parte, no debería haber sido resuelto por la jurisprudencia, sino que se ha ido determinando con el tiempo a través de las sucesivas estratificaciones de las intervenciones judiciales y ante la inercia del legislador en relación con la compleja cuestión de la definición del estatuto del hijo nacido en el extranjero por gestación subrogada. En cualquier caso, y en esto no se puede sino estar de acuerdo con el juez, «hay una parte débil en la relación que podría resultar muy perjudicada sin responsabilidad alguna»; esta parte débil es el niño, que nunca debe ser discriminado a causa de las decisiones tomadas por otros.

5. LA «INTRINCADA TRAMA» ENTRE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL TRIBUNAL DE CASACIÓN: EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR ENTRE LOS DERECHOS DEL MENOR Y LA ELUSIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE GESTACIÓN SUBROGADA

Como se desprende de la rápida reconstrucción del marco jurisprudencial, la solución aceptada por el juez constitucional y por el propio Tribunal

de Casación en relación con la definición del estatuto del niño nacido en el extranjero por maternidad subrogada está representada por el equilibrio entre el interés público en mantener la prohibición de la maternidad subrogada y el interés superior del niño. Mientras que el primero es definido por el legislador y parece estar en consonancia con el principio constitucional de la dignidad humana, el segundo se considera, en cambio, una especie de contenedor sin contenido predefinido, una verdadera cláusula general[32] que, a lo largo del tiempo, ha adquirido diferentes significados, condicionados por diversos factores[33]. Entre ellos, sobre todo, la evolución jurisprudencial antes mencionada, que ha estrechado considerablemente el campo de aplicación del carácter absoluto del principio de veracidad del parto, haciendo hincapié en la continuidad relacional del niño con quienes, a lo largo del tiempo, han establecido vínculos de cuidado y afecto con él. Evolución de la jurisprudencia interna que parece reflejar sobre todo las orientaciones claramente expresadas por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos «vehiculada» por tanto, como hemos tenido ocasión de observar, por la jurisprudencia constitucional y del Tribunal de Casación[34]. Como ya se ha examinado, mucho antes de las decisiones del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, el TEDH no dudó de hecho en dar un contenido bien definido a los intereses del niño, habiendo «sancionado definitivamente»[35] y perentoriamente desde las conocidas sentencias de 2014 que el *interés superior del menor* se corresponde con la necesidad de no interrumpir los vínculos afectivos que se han creado con el progenitor previsto, y por tanto con el reconocimiento de un derecho a la certeza de la relación de filiación con independencia de la existencia de un vínculo biológico, considerando que el menor no debe verse obligado a pagar por las culpas ajenas; desconociendo, sin embargo, la forma en que se establecieron tales vínculos. De hecho, precisamente amparándose en el *interés superior del* menor, una vez creado el vínculo entre el menor y los comitentes, los padres legales en el país extranjero elegido específicamente para el nacimiento reclaman la consolidación del *status quo*, es decir, la continuidad de

32. Carla Garlatti, «Autorità giudiziaria e superiore interesse del minore», en Mirzia Bianca (ed.), «The best interest of the child», Sapienza Università Editrice, Roma, 2021, p. 49.

33. Sobre este tema véase Francesca Paruzzo, «Status filiationis e assenza di legame genetico. La Corte d'Appello di Trento riconosce la validità del certificato di nascita di due gemelli nato in seguito al ricorso alla maternità surrogata da parte di due uomini», en *Osservatorio costituzionale,* n. 2, 2017, pp. 614-616.

34. *Ib*., pp. 617.

35. A menudo en Italia también se alude desde esta perspectiva a la cuestión del hijo nacido de una relación incestuosa, haciendo referencia a la conocida sentencia sobre la materia del Tribunal Constitucional, n.º 494 de 2002 —sentencia a la que también se refirió el Tribunal Supremo en 2016— por analogía con el caso del hijo nacido por gestación subrogada.

esos vínculos afectivos que se determinaron precisamente por la vulneración de los derechos del menor, de su dignidad y de la dignidad de la gestante[36]. Esto implica, por tanto, que en torno al hecho representado por la «elusión sistemática de la prohibición prevista por la ley italiana» por parte de parejas del mismo sexo o heterosexuales de recurrir a técnicas de fecundación asistida y, por tanto, también a la prohibición de recurrir a la maternidad subrogada, se ha tejido de hecho una red cada vez más densa de garantías de la paternidad de estas parejas, aunque motivada por la intención de proteger *el interés superior del niño.*

La prohibición de la maternidad subrogada impuesta por el legislador italiano, en el contexto de la tutela en red de los derechos y en la era de la centralidad del juez, corre así el riesgo de diluirse hasta convertirse en un fino velo que a menudo se descorre, gracias también a los conspicuos medios económicos de que disponen algunos[37]. Con su efecto «curativo», de hecho, no se puede negar que el *interés superior del niño* corre el riesgo de convertirse en una herramienta para garantizar el deseo de paternidad de las parejas que van al extranjero para recurrir a la práctica de la maternidad subrogada; por lo tanto, una especie de «ganzúa» para desencallar las prohibiciones de la legislación nacional con el fin de garantizar las necesidades de la pareja adulta en lugar de las del niño. También es evidente la reducción significativa del alcance de la discrecionalidad real de cada Estado en materia de gestación subrogada. Aun cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha dejado de reconocer un margen de apreciación a su favor, hoy ese margen se circunscribe de hecho únicamente a la definición de la forma en que los Estados individuales pueden garantizar ese *interés superior,* mientras que queda excluida la definición del contenido de ese interés por el propio legislador, contenido ya perentoriamente identificado por el tribunal europeo en los términos que acabamos de referir.

6. OBSERVACIONES CONCLUSIVAS

El contexto en el que se sitúa la cuestión del *estatuto* del niño nacido de la maternidad subrogada es el de la «desorientación» que caracteriza al Derecho de familia en general[38]. Se trata de un «lema que, evocando a la vez la desorientación y la a-territorialidad, describe de manera particularmente eficaz el fenómeno contemporáneo de la difusión de una normativi-

36. Maria Chiara Errigo, «Garantire le relazioni familiari...», cit., p. 337.
37. Así Ilenia Massa Pinto, *Unione omosessuale e adozione: chi decide?*, en *Rovista AIC*, n. 4, 2016.
38. Lisia Carota, «Corte EDU e tutela del rapporto con il genitore "d'intenzione" nelle coppie dello stesso sesso», en *federalismi.it*, n. 20, 2023, p. 24.

dad desterritorializada»[39]. En la misma perspectiva, se puede hablar también de esa tendencia definida en otro lugar como *fecundación cruzada*, fenómeno atribuible sobre todo a formas de contaminación recíproca entre el ordenamiento jurídico nacional individual y el supranacional o internacional, respecto del cual es evidente, también con referencia a las transformaciones que desde hace algún tiempo «sacuden» el derecho de familia, el papel desempeñado por la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo[40]. Es innegable que cuando se trata de la familia y de sus derechos, el *humus* cultural de referencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que se remonta al derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 del Tratado, y al derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia, que puede identificarse a partir del artículo 12, ve prevalecer una protección de la familia «construida sobre la importancia atribuida a la esfera de la autonomía y de la autodeterminación de la persona, centrada en la protección de los miembros individuales de la unidad familiar más que de la familia en sí misma». En otras palabras, la visión presente en la Convención y en la jurisprudencia del Tribunal competente, asume como central el perfil de la autodeterminación. Es precisamente este enfoque el que ha contribuido a una «concepción eminentemente individualista de la familia», típica del Derecho europeo, y por tanto a la «desestandarización» del concepto de familia[41]. El Tribunal de Estrasburgo, al admitir la existencia e importancia de nuevos modelos de pareja y parentales, ha allanado así el camino, incluso en nuestro ordenamiento jurídico, no sólo para el reconocimiento, al menos parcial, de estas nuevas formas de relación, sino que también ha contribuido a socavar inevitablemente la coherencia del marco normativo inicialmente esbozado por el legislador nacional e inspirado más bien en el modelo de familia

39. Véase al respecto G. Sorrenti, «Il giudice soggetto alla legge...», cit. p. 114 y Antonio Ruggeri, «Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo "intercostituzionale" », en *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 2, 2001, pp. 544 y ss.; Luigi D'Andrea, «Brevi riflessioni su governance globale e costituzionalismo interlivello», en *Consulta online*, 6 oct. 2014; Carlo Padula (ed.), «La Corte europea dei diritti dell'uomo. Quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?», Editoriale Scientifica, Nápoles, 2016.

40. Lisia Carota, «Corte EDU e tutela...», p. 26.

41. Tal y como reconoce el propio Tribunal Constitucional. Véase la Sentencia núm. 221/2019 en la que el juez constitucional afirma que la idea, subyacente en la disciplina contenida en la Ley núm. 40/2004, de que una familia ad instar naturae —dos progenitores, de distinto sexo, ambos vivos y en edad potencialmente fértil— «representa, en principio, el "lugar" más adecuado para acoger y criar al recién nacido no puede considerarse [...] en sí misma arbitraria o irracional». Además, la libertad de tener hijos, como ya se ha reconocido anteriormente (cfr. Sentencia n.º 162/2014), no implica que tal libertad pueda ejercerse sin límites, sino que debe «equilibrarse con otros intereses constitucionalmente protegidos: y ello, en particular, cuando se discute la opción

ad instar naturae rastreable en el artículo 29 de la Constitución[42]. A este respecto, se habla de la definición progresiva de una nueva cara del derecho de familia, que se caracteriza en efecto no sólo por la negación del vínculo entre familia y matrimonio, sino también por «la negación del vínculo exclusivo entre el ejercicio de la sexualidad y la generación humana que sigue a la extensión progresiva del acceso a las técnicas de reproducción». Una extensión que hoy sólo parece frenada por el disvalor vinculado, al menos por el momento, a la práctica de la maternidad subrogada, pero no por el hecho, ciertamente obsoleto, «del paradigma naturalista de la filiación, claramente aceptado también en el artículo 30 de la Constitución»[43]. Se trata de una transformación que se ha producido, como hemos visto en relación con el estatuto del hijo nacido de la maternidad subrogada, predominantemente por vía jurisprudencial y a menudo justificada por la frecuente referencia del juez constitucional y del propio juez de legitimación, en absoluta sintonía con las directrices del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a una supuesta evolución de la conciencia social[44].

Es innegable que se trata de transformaciones radicales que ponen en cuestión los propios paradigmas constitucionales del matrimonio y de la familia y que, incluso antes de encontrar su lugar en las normas y en el llamado derecho viviente, ya han madurado en cualquier caso en el contexto social. Sin embargo, además de que debería corresponder al legislador, al menos de forma predominante si no exclusiva, y no al juez, interceptar esta evolución, en determinadas circunstancias parece muy difícil establecer en qué medida la evolución real y consolidada de la conciencia social es o no el requisito previo de la vía predominantemente jurisprudencial que ha conducido a la valorización de los vínculos de hecho entre el hijo y el progenitor intencional, a pesar de la forma en que estos vínculos se han

---

de recurrir a técnicas de reproducción médicamente asistida, que, al alterar la dinámica naturalista del proceso de generación de individuos, abren escenarios bastante innovadores respecto de los paradigmas de la paternidad y de la familia históricamente arraigados en la cultura social, en torno a los cuales se construyen evidentemente las reglas de los artículos 29, 30 y 31 de la Constitución, planteando inevitablemente delicadas cuestiones éticas». Sobre el significado que debe atribuirse a la noción de familia «natural» en el artículo 29 de la Constitución, véase, entre otros, Filippo Vari, «*Contributo allo studio della famiglia nella Costituzione italiana*», Cacucci, Bari, 2004, pp. 66 y ss.; para una reconstrucción de las diversas posiciones adoptadas en la doctrina sobre el significado de las declaraciones constitucionales en materia de familia y sobre el espacio para una posible interpretación evolutiva, véase, entre otros, Lucilla Conte, «La famiglia. Istituti e istituzione nella prospettiva costituzionale», Editoriale Scientifica, Nápoles, 2020, *passim*.

42. Emanuele Bilotti, «Il nuovo paradigma del diritto della famiglia e il disegno costituzionale», en *L-JUS,* n. 1-2, 2023, p. 178.

43. *Ib.*

44. *Ib.*, p. 172.

realizado[45]. El riesgo de reducir el alcance de la discrecionalidad del legislador —que a estas alturas se vería obligado, y reiteradamente instado, a tomar un camino que ya está casi totalmente definido— es evidente. Igualmente lo es la ampliación del espacio de actuación del juez constitucional con la consiguiente atribución a este último de un papel distinto del que le corresponde, marcado por una especie de «independencia» del parámetro constitucional también gracias a la referencia a los parámetros internacionales, o más bien a la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal de Estrasburgo, y al argumento de la «evolución de la conciencia social»[46]. El juez, de hecho, a veces en un contexto todavía incierto y caracterizado por la ausencia de un marco compartido de principios, corre el riesgo de contribuir a apoyar ciertas tendencias ciertamente presentes en el contexto social, pero a menudo todavía no plenamente emergidas y consolidadas, y por lo tanto, según la distinción ofrecida por Antonino Spadaro, todavía no claramente adscribibles a esa «conciencia social» que, aunque no exactamente mensurable, sería sin embargo reconocible como «sólida, clara y tendencialmente estable». De este modo, el juez se convierte en protagonista activo del discurso público más que en garante del texto constitucional y de sus valores[47]. En las democracias contemporáneas, a menos que se quiera cuestionar el principio de la separación de poderes, son los sujetos de la representación política los que deberían tener la tarea de llevar a cabo ese delicado e inerradicable acto de equilibrio entre intereses opuestos que también puede tener en cuenta el contexto social con sus evoluciones y renovadas demandas de protección[48]. Esto implica la preferencia, si no incluso la necesidad, de que todos los diversos aspectos problemáticos de la subrogación se abor-

45. Además de las solicitudes presentes en las decisiones ya mencionadas, cabe mencionar también la contenida en el «Relazione del Presidente della Corte costituzionale Professore Augusto Antonio Barbera» (18 de marzo de 2024) y, de nuevo, en el discurso de este último («La Costituzione come bene comune») durante la reciente reunión de Rimini (23 de agosto de 2024), ambos disponibles en el sitio web del Tribunal Constitucional (www.cortecostituzionale.it).

46. Así Antonino Spadaro, «I confini della Corte. Dal "triangolo delle Bermuda" al "quadrilatero costituzionale"», en *Consulta online*, n. 1, 2024, p. 477.

47. Véase a este respecto Nicolò Zanon, «I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali», en *federalismi.it*, n. 3, 2021, pp. 86 y ss.

48. Con referencia a la reciente aprobación del DDL S. 824, de modificación del artículo 12 de la ley de 19 de febrero de 2004, n. 40, en cuanto a la persecución del delito de gestación subrogada cometido en el extranjero por un ciudadano italiano, ya mencionado anteriormente, parece significativo que el legislador haya decidido tomar un camino diferente al ya trazado desde hace algún tiempo por el juez constitucional, si se considera que nada se establece en relación con el estatus del niño nacido de la práctica de la gestación subrogada. En efecto, este estatuto ya está ampliamente definido en la jurisprudencia, mientras que la intención del legislador es más bien contrarrestar la posibilidad de recurrir en el extranjero a una práctica ya prohibida en

den mediante opciones orgánicas de política legislativa y dentro de los límites de principios constitucionalmente claramente trazables, empezando por el respeto del principio de dignidad [49]. Sólo así será posible sustraerlos al riesgo de la eventual mutabilidad de la solución judicial y de la decisión adoptada en función del caso concreto, como tal no apta para proporcionar una protección estable y cierta de los diversos intereses en juego.

En otras palabras, ciertamente no queremos negar que la Constitución exige ser releída históricamente, aunque sin llegar a lecturas evolucionistas del texto que acaben haciéndole decir lo que no dice, y que el juez constitucional también puede contribuir a esa relectura. Sin embargo, parece evidente que las transformaciones a las que aquí se alude y que afectan a la concepción constitucionalmente definida del matrimonio, la filiación y la familia también ponen en cuestión, cuando menos, el propio tenor de esas disposiciones constitucionales, planteando más bien el problema de la procedencia de una revisión constitucional sobre la materia [50]. Pero, incluso en este caso, sin poder entrar aquí *en* un tema complejo que es objeto de numerosas y contrastadas reflexiones, sí conviene plantear el problema del anclaje de cualquier enmienda en el respeto de la dignidad y, en particular, en relación con el tema que aquí interesa, de la «dignidad del nacimiento humano» como principio consustancial a nuestro propio sistema democrático; principio que, como tal, no puede, por tanto, en ningún caso, ser puesto en cuestión.

Italia, persiguiendo «conductas delictivas cometidas en un país extranjero incluso cuando ese país no reúne las condiciones para considerarlas ilícitos, haciendo uso de una posibilidad ya prevista, en determinadas condiciones, por el derecho penal italiano» (como ya se establece en los artículos 7 y siguientes del Código Penal). Cfr. «"Dossier del Servizio Studi sull" A. S. n. 824», ottobre 2024, *Servizio Studi del Senato*.

49. Sobre este último aspecto, se hace referencia precisamente a la diferente dirección que parece haber tomado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al reconocer en la sentencia *KK c. Dinamarca que* la no adopción según el Derecho danés de un niño nacido por gestación subrogada por parte de la madre intencional implicaba también la vulneración del derecho a la vida privada y familiar de los padres. De hecho, hay quienes cuestionan, con razón, la reducción adicional del margen de apreciación de los Estados miembros sobre la compatibilidad de la solución del derecho vivo italiano de la adopción en casos particulares como una solución adecuada a la luz de esta última jurisprudencia. Cf. Mia Caielli, «La Corte EDU torna sulla maternità surrogata e conferma la sua giurisprudenza in materia: no news good news?», en *DPCE en línea*, n. 1, 2023, pp. 1495 y ss.

50. Sobre la dignidad como «parámetro de parámetros» y valor «supraconstitucional» véase Antonio Ruggeri — Antonino Spadaro, «Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)», en Vittorio Angiolini (ed.), Libertà e giurisprudenza costituzionale, Giappichelli, Turín 1992, pp. 221 y ss.

Parte V

La autonomía de los tribunales constitucionales como garantía de su independencia

Capítulo 15

La organización de la Corte Costituzionale como instrumento para garantizar su independencia

Matteo Cosulich
Profesor Ordinario de Derecho Constitucional
Universidad de Trento

SUMARIO: 1. PREMISA. 2. COMPOSICIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL. *2.1. La elección de los jueces constitucionales. 2.2. Elección por las «supremas magistraturas ordinarias y administrativas». 2.3. La elección por el Parlamento. 2.4. El nombramiento presidencial.* 3. ORGANIZACIÓN INTERNA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL. *3.1. La autonomía del órgano, en sus diversas formas. 3.2. La Presidencia de la Corte Constitucional. 3.3. El estatuto de los jueces constitucionales.*

1. PREMISA

En uno de los primeros ensayos publicados en *Giurisprudenza costituzionale*, inmediatamente después de la creación de la Corte Constitucional, Paolo Barile lo describía como un «órgano soberano» y se preguntaba por las «implicaciones prácticas» de esta naturaleza, preguntándose en particular «si son suficientes o no las garantías que el Derecho positivo prevé actualmente para la Corte Constitucional»[1]. Casi setenta años después, la

1. Así, Barile, Paolo, «La Corte costituzionale organo sovrano: implicazioni pratiche», *Giurisprudenza costituzionale*, 1957, pp. 921 y ss.

cuestión sigue siendo ciertamente actual y crucial, precisamente en lo que se refiere a las garantías de independencia de la Corte[2].

La independencia del juez constitucional es un elemento decisivo para que un sistema liberal-democrático pueda ser considerado como tal[3]. La afirmación que ahora se propone con carácter general es específicamente aplicable al ordenamiento jurídico italiano y, por tanto, a la Corte Constitucional, siendo fácilmente corroborable sobre la base de dos consideraciones.

En primer lugar, debe recordarse que la Corte, establecida principalmente para ejercer el control judicial de las leyes, puede ser considerada como un tribunal[4], aunque *sui generis*[5]. En consecuencia, está obligada a la imparcialidad sobre la base de lo dispuesto en el artículo 111.2 Const.[6], en el texto introducido por la Ley Constitucional n.º 2 de 23 de noviembre de 1999. N.º 2, de 23 de noviembre de 1999, que hizo explícita la disposición, ya «considerada implícita en el conjunto de normas relativas al poder judicial»[7]. En este sentido, debe hacerse referencia a la aplicación imparcial de

2. Véase Groppi, Tania, «Paolo Barile e la giustizia costituzionale», en Perini, Mario, Pisaneschi, Andrea, (eds.), *La lezione di Paolo Barile*, *Quaderni del Circolo Rosselli*, 3, 2022, espec. p. 114, donde se refleja el ensayo citado en la nota anterior.
3. Conviene recordar a este respecto que, por el contrario, las reformas llevadas a cabo en Polonia y Hungría en el pasado reciente por la mayoría parlamentaria para controlar al juez constitucional respectivo han sido consideradas «el índice decisivo» para incluir a una y otra en el grupo de las «democracias antiliberales» (Delledonne, Giacomo, «Ungheria e Polonia: punte avanzate del dibattito sulle democrazie illiberali all'interno dell'Unione europea», en *DPCE* online, 2, 2020, p. 4003). En una perspectiva comparada, se ha observado de forma compartida que «la independencia de los jueces es (...) al mismo tiempo el núcleo del problema de la organización y el funcionamiento de los tribunales constitucionales y el requisito previo de la legitimidad del juez constitucional en el sistema democrático y, por tanto, de sus atribuciones» (Balduzzi, Renato, «Profili organizzativi e ruolo delle Corti: schemi di giustizia costituzionale comparata», en Costanzo, Pasquale (ed.), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Turín, Giappichelli, 1996, pp. 467-469).
4. En efecto, la Corte Constitucional es calificado como «autoridad plenamente jurisdiccional» (Luciani, Massimo, *Ogni cosa la sua posto*, Milán, Giuffrè, 2023, p. 135). Sobre «la justicia constitucional, coronación del sistema de garantías jurisdiccionales» véase Cartabia, Marta, «La Corte costituzionale nella nuova età dei diritti», *il Mulino*, 2, 2013, p. 365.
5. Sobre la naturaleza *sui generis* de los órganos de justicia constitucional véase Zagrebelsky, Gustavo, Marcenò, Valeria *Giustizia costituzionale*, II, *Oggetti, procedimenti, decisioni*, 2.ª ed., Bolonia, il Mulino, 2018, p. 12.
6. El derecho a un «tribunal independiente e imparcial» también está reconocido en el apartado 1 del artículo 6 del CEDH, aunque se refiere expresamente a la jurisdicción civil y penal.
7. Sorrenti, Giusy, «Art. 111 Cost.», en *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, II ed., Bolonia, il Mulino, 2021, p. 317.

la ley como fundamento mismo de la función jurisdiccional; ahora, en referencia a la jurisdicción constitucional, aquélla debe interpretarse como la aplicación imparcial de las normas de rango constitucional, así como de las demás normas que conforman el parámetro de juicio de la Corte[8].

Es cierto que cuanto más se asciende en la jerarquía kelseniana de las fuentes[9], mayor es la latitud de apreciación del intérprete a la hora de identificar las normas aplicables al objeto de la sentencia; latitud que aparece en su máxima expresión en el enrarecido ámbito de las altas cumbres de los principios supremos del ordenamiento jurídico, donde no pocas veces se aventura la jurisprudencia constitucional. Sin embargo, incluso allí, la función jurisdiccional, para seguir siéndolo, no deja de tener que ser imparcial; imparcialidad que se traduce, como mínimo, en una apreciación realizada conforme a los cánones bien establecidos de la hermenéutica jurídica. De lo contrario, estaríamos en presencia de un escrutinio (no jurisdiccional, sino) político de las leyes, del que no han faltado ejemplos en el pasado, incluso en el pasado reciente[10]; ejemplos, sin embargo, muy alejados de la imparcialidad que aquí nos ocupa.

Ahora bien, si la imparcialidad es consustancial a la función jurisdiccional en general y, en particular, a la ejercida por la Corte Constitucional, también lo es la independencia de esta, condición necesaria para la realización de aquélla. Tanto es así que el principio de independencia no sólo es aplicable a la jurisdicción ordinaria (art. 104, ap. 1 Const.), sino al propio concepto de jurisdicción, como confirma su garantía en relación con las demás jurisdicciones, las especiales (art. 108, ap. 2 Const.).

Además, desde otra perspectiva, la independencia de la Corte surge como condición necesaria respecto a su naturaleza de órgano de garantía. Este perfil se acentúa por el hecho de que la Corte no es sólo un órgano de garantía del sistema, sino también el órgano supremo del mismo. Baste

8. A sí, la Corte Constitucional tiene el «carácter de órgano jurisdiccional, típica y necesariamente neutral» (Olivieri, Laura, «Questioni di *status* e "politicizzazione" della Corte costituzionale», en Anzon, Adele, Azzariti, Gaetano, Luciani, Massimo (eds.), *La composizione della Corte costituzionale. Situazione italiana ed esperienze straniere*, Turín, Giappichelli, 2004, p. 204)
9. Véase Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Viena, Franz Deuticke, 1934, traducido al italiano por Treves, Renato, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Turín, Einaudi, 2000, esp. pp. 105-106.
10. Baste recordar aquí, por un lado, el *Conseil constitutionnel*, tal y como se reguló originariamente en la V República francesa y, por otro, de forma aún más aguda, los ordenamientos socialistas (véase Vedaschi, Arianna, «La giustizia costituzionale», en Carrozza, Paolo, Di Giovine, Alfonso, Ferrari, Giuseppe Franco, *Diritto costituzionale comparato*, II, II ed., Roma-Bari, Laterza, 2014, pp. 1103-1104 y pp. 1105-1106 respectivamente).

recordar que enjuicia los actos (así como las conductas y omisiones[11]) de los demás órganos superiores del sistema sin someterse él mismo a su juicio o control. No sólo eso: en los conflictos de atribución entre los poderes del Estado, la Corte es juez (artículo 134 de la Constitución); pero, sin dejar de serlo, también puede ser parte en ellos, por activa o por pasiva[12]. Incluso partiendo de esta observación, se puede inferir que la Corte es el órgano de cierre del sistema, como «garante de las «reglas del juego»»[13] y, por tanto, la verdadera guardiana de la Constitución[14]. En este sentido, que corresponde célebremente a la orientación de Kelsen, puede considerarse zanjada —al menos en nuestro sistema y en los similares a él— la disputa, que se remonta a algo menos de un siglo, entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, acerca de qué órgano era *der Hüter der Verfassung*[15].

Así, la garantía de la independencia la Corte Constitucional no corresponde simplemente a su naturaleza de órgano judicial, sino que, en razón de su papel de guardiana de la Constitución, se torna fundamental para el propio tejido de nuestro ordenamiento republicano. Por otro lado, si es un órgano supremo, una vez regulada y constituida, ningún ente externo podrá controlar su independencia. En este sentido, podríamos preguntarnos, con Juvenal: *Quis custodiet ipsos custodes*?[16]. La respuesta a esta vieja pregunta sólo puede encontrarse en el propio órgano jurisdiccional, que de alguna manera se custodia a sí mismo, es decir, se guarda a sí mismo.

Por lo tanto, el modo de constitución la Corte Constitucional (es decir, las normas que regulan la selección de sus magistrados) debe permitir la creación de un órgano independiente que, a su vez, proteja su independencia a través de su correspondiente organización interna. Aquí, por tanto, nos centraremos en la organización de la Corte, primero con referencia a su composición (apartado 2) —que es su «aspecto más delicado»[17], precisa-

11. Se piensa en particular, en el contexto de las atribuciones de la Corte Constitucional, en la sentencia sobre los conflictos interorgánicos y en la relativa a los delitos presidenciales (véase Ruggeri, Antonio, Spadaro, Antonino, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, VI ed., Turín, Giappichelli, 2019, pp. 334-335 y p. 394 respectivamente).
12. Así, ya Pergolesi, Ferruccio, «La Corte costituzionale giudice e parte nei conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1960, 11-12; la posibilidad de que la Corte sea parte en un conflicto está confirmada por la jurisprudencia de la Corte (Sent. núm. 62 de 1971, punto 3. *in diritto* y, más explícitamente, Ord. núm. 77 de 1981 y Ord. 261 de 2016).
13. Así Caravita, Beniamino, *Corte «giudice a quo» e introduzione del giudizio sulle leggi. (I) La Corte costituzionale austriaca*, Padua, Cedam, 1985, p. 14. *Adde infra* nt. 79.
14. Así Ruggeri, Antonio, Spadaro, Antonino, *Lineamenti di giustizia*, cit., p. 7, *scholium*.
15. Véase, *ex multis*, la oportuna reconstrucción propuesta por Cerri, Augusto, *Giustizia costituzionale*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2019, 1 pp. 2-13.
16. *Satura VI*, 346-347.
17. Tega, Diletta, «Art. 135 Cost.», en *La Costituzione italiana*, cit., p. 450.

mente porque viene determinado por la intervención de otros sujetos— y después a los perfiles internos de dicha organización (apartado 3); con referencia a ambos ámbitos, destacaremos los posibles aspectos críticos en cuanto a la garantía efectiva de su independencia.

2. COMPOSICIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

2.1. LA ELECCIÓN DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES

En cuanto a los elegibles, es habitual considerar que los requisitos establecidos directamente por la Constitución, en su artículo 135.2[18], aseguran una alta cualificación técnico-jurídica, de modo que esta profesionalidad de los jueces es una garantía de su independencia y, por tanto, de la de la Corte que han de componer. A este respecto, cabe señalar que, en el panorama comparado, no se da tan por sentado que los miembros de los Tribunales Constitucionales sean necesariamente juristas. Así, los nueve miembros del *Conseil constitutionnel* se eligen indistintamente entre juristas y no juristas, lo que acaba acentuando el carácter político del órgano. Baste decir que dos *antiguos* primeros ministros, Laurent Fabius, presidente del *Conseil*, y Alain Juppé, forman parte actualmente de él[19].

Por otra parte, podría argumentarse que ser abogado no equivale automáticamente a tener una alta cualificación técnico-jurídica. En esta dirección, se piensa en particular en los «abogados después de veinte años en la profesión», considerando por una parte el acceso no demasiado difícil a esta última y por otra el carácter intrínsecamente poco profesional del mero paso del tiempo. No en vano, en Italia hay más de 240.000 abogados[20], frente a 1.815 profesores titulares de materias jurídicas[21].Tal vez no sea del todo casual que, mientras que ningún juez constitucional es abogado hoy en día

18. «Los jueces de la Corte Constitucional serán elegidos entre magistrados, incluidos los jubilados, de los tribunales superiores ordinarios y administrativos, profesores titulares de universidad en materias jurídicas y abogados tras veinte años de ejercicio».
19. *De conformidad con* el artículo 56.2 de la Constitución, el *Conseil constituttionnel* incluye a los Presidentes eméritos de la República, no necesariamente juristas, por supuesto. Sin embargo, tanto Nicolas Sarkozy como François Hollande han renunciado a ellos.
20. Consulte el sitio web www.cfnews.it.
21. Véase www.cinecauniversita.mur.gov.it, consultado el 3 de julio de 2024. Por otra parte, la cifra ahora propuesta se ve parcialmente mitigada por los veinte años de práctica jurídica exigidos, por una parte, y, por otra, por la posibilidad de elegir también a profesores eméritos como jueces constitucionales (así: Paolo Grossi, nombrado por el Presidente de la República el 17 de febrero de 2009; Augusto Barbera y Franco Modugno, elegidos por el Parlamento en sesión conjunta el 16 de diciembre de 2015; Marco D'Alberti, nombrado por el Presidente de la República el 15 de septiembre de 2022).

(agosto de 2024)[22], en el período 1956-2020, el 49% de los jueces constitucionales fueron elegidos entre profesores y sólo el 11% entre abogados[23]. Por otra parte, estos últimos, cuando «son nombrados jueces constitucionales son en su mayoría parlamentarios o antiguos *parlamentarios*»[24].

En cuanto a los electores, la Corte Constitucional tiene una característica estructural que lo distingue de otros tribunales constitucionales, como el *Bundesverfassungsgericht*, cuyos miembros son todos elegidos por el Parlamento (Art. 94, Abs. 1 GG), o, *mutatis mutandis*, la Corte *Supremo* de los EE.UU., cuyos jueces son todos nombrados por el Presidente, previo *consejo y consentimiento* del Senado (Art. II, Sect. 2 Const.). En Italia, en cambio, el órgano de justicia constitucional tiene una composición «mixta» (...) con el fin de dotar al Tribunal de las capacidades necesarias para abordar tareas que requieren tanto preparación técnica como sensibilidad política[25].Por lo que aquí más interesa, cabe señalar cómo el triple método de elección de los jueces constitucionales, *en virtud* del artículo 135, párrafo 1, de la Constitución (triplicado además para las «supremas magistraturas ordinarias y administrativas»)[26], diluye de alguna manera la voluntad de cada órgano que realiza la elección, acentuando así la independencia de la Corte como órgano respecto del mismo. Por otra parte, la independencia de cada magistrado individualmente considerado —que naturalmente contribuye a construir la independencia del órgano en su conjunto— con respecto al órgano que lo eligió se ve sin duda reforzada por la prohibición absoluta de reelección (Art. 135, párrafo 3 de la Constitución)[27]; además, con respecto a otros sujetos, el mandato de nueve años (allí) ciertamente amortigua las expectativas de nombramientos posteriores, también a la luz de la consi-

22. Actualmente, la Corte Constitucional está compuesta por nueve catedráticos y cinco magistrados (véase www.cortecostituzionale.it). Sobre la inercia parlamentaria en relación con la elección del decimoquinto magistrado, véase *más abajo* en el texto.
23. Malfatti, Elena, Panizza, Saulle, Romboli, Roberto, *Giustizia costituzionale*, VII ed., Turín, Giappichelli, 2021, p. 50.
24. Rossi, Emanuele, Vuoto, Salvatore, «I giudici della Corte costituzionale di nomina delle supreme magistrature», en Ciarlo, Pietro, Pitruzzella, Giovanni, Tarchi, Rolando (eds.), *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Turín, Giappichelli, 1997, p. 365.
25. Pizzorusso, Alessandro, «Art. 135», en *Commentario della Costituzione*, Bolonia-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 1981, p. 147.
26. «La Corte Constitucional estará compuesto por quince jueces designados un tercio por el Presidente de la República, un tercio por el Parlamento en sesión común y un tercio por los tribunales supremos ordinarios y administrativos».
27. De conformidad con el artículo 2 de la Ley n.º 87 de 11 de marzo de 1953, tres jueces son elegidos por los magistrados de la Corte de Casación y uno por los del Consejo de Estado y la Corte de Cuentas.

deración de que, de promedio, el mandato termina después de los setenta años[28].

El triple método de elección de los jueces constitucionales puede examinarse siguiendo el orden indicado por el legislador, cuando dispone que estos jueces son «nombrados, por orden sucesivo, cinco por la suprema magistratura ordinaria y administrativa, cinco por el Parlamento en sesión común, cinco por el Presidente de la República» (Art. 1 Ley n.º 87/53). La *razón de ser* del orden al que ahora nos referimos podría identificarse en las opciones de equilibrio del Presidente de la República con respecto a otras respectivamente más orientadas técnicamente (las primeras) o más sensibles a los equilibrios políticos (las segundas).[29]Sin embargo, la disposición legislativa que comentamos ha perdido ahora «gran parte de su importancia», ya que hoy en día la expiración simultánea de los jueces elegidos por diferentes órganos es muy poco probable[30].

2.2. ELECCIÓN POR LAS «SUPREMAS MAGISTRATURAS ORDINARIAS Y ADMINISTRATIVAS»

Sobre la base del artículo ahora recordado, se hace aquí referencia en primer lugar a los jueces constitucionales elegidos por las «supremas magistraturas ordinarias y administrativas», respecto de los cuales cabe señalar una práctica muy consolidada: tanto la Corte de Casación y el Consejo de Estado como la Corte de Cuentas los han elegido siempre entre los magistrados de la jurisdicción correspondiente. Ello garantiza, sin duda, la presencia entre los jueces constitucionales de magistrados y, con ello, de su «sensibilidad predominantemente técnico-jurisdiccional»[31]. También asegura la composición diversa de la Corte Constitucional en cuanto a la formación de sus miembros, lo que a su vez, al menos en cierta medida, es garantía de equilibrio en las directrices de la Corte y, por tanto, de su independencia. Esa presencia de magistrados, de otro modo, podría ser muy problemática debido a la reticencia del Presidente de la República y —sobre todo— del Parlamento a elegir magistrados como jueces constituciona-

28. Se habla aquí de prohibición absoluta para recordar cómo, hasta la revisión del artículo 135.3 de la Constitución por el artículo 1 de la Ley Constitucional n.º 2, de 22 de noviembre de 1967, el texto original de esta disposición de la Constitución preveía la no reelección inmediata de los magistrados constitucionales.
29. Véase Conti, Gian Luca, «Art. 135», en *Commentario alla Costituzione*, III, Turín, Utet, 2006, p. 2627.
30. Dato derivado de las notaciones estadísticas propuestas por Malfatti, Elena, Panizza, Saulle, Romboli, Roberto, *Giustizia Costituzionale*, cit., p. 51.
31. Aloisio, Salvatore, «Considerazioni sui giudici costituzionali eletti dalle supreme magistrature», en Anzon, Adele, Azzariti, Gaetano, Luciani, Massimo (eds.), *La composizione della Corte*, cit., p. 183.

les[32]. Sin embargo, las continuas elecciones autorreferenciales de la Corte de Casación, del Consejo de Estado y de la Corte de Cuentas podrían dar la impresión de que se pretendía una especie de «representación profesional»: concepción totalmente infundada, ya que nadie puede pensar que los magistrados de la Corte estén llamados a «representar» a sus respectivas categorías[33].

Por otra parte, el mencionado perfil crítico podría tal vez atenuarse si se recordara la falta de coincidencia entre los sujetos pasivos y activos en las elecciones en las que los magistrados de las «jurisdicciones ordinaria y administrativa superior» son respectivamente objeto y sujeto. La propia letra del texto constitucional indica en este sentido, como puede deducirse fácilmente de la comparación entre el apartado 1 y el apartado 2 del artículo 135 de la Constitución[34]. Así, en primer lugar, los magistrados «jubilados» son elegibles, pero no pueden ser electores[35]. Más en general, el artículo 135 de la Constitución se refiere para la elección a la «magistratura suprema» como órganos (párrafo 1), mientras que para los elegibles indica como requisito que el magistrado pertenezca (no a estos órganos, sino sólo) a las correspondientes «jurisdicciones superiores» (párrafo 2). En consecuencia, para ser sujeto activo «se requiere la correspondencia entre la cualificación y la función, es decir (...) tanto ser magistrado de rango supremo como ejercer efectivamente las funciones correspondientes»; para ser elegible, en cambio, se requiere la cualificación, pero no las funciones[36], siendo definido en este sentido, a partir de indicaciones constitucionales y quizás incluso, en ocasiones, más allá de las mismas[37].

2.3. LA ELECCIÓN POR EL PARLAMENTO

En el caso de los jueces constitucionales elegidos por el Parlamento, la regulación de las mayorías requeridas para su elección reviste especial importancia, también desde el punto de vista que aquí interesa, a saber, la protección de la independencia de la Corte. Ésta correría el riesgo de verse

32. Véase Rossi, Emanuele, Vuoto, Salvatore, «I giudici della Corte», cit., p. 349.
33. Zagrebelsky, Gustavo, Marcenò, Valeria, *Giustizia Costituzionale*, cit., p. 17.
34. Véanse los números 26 y 18, respectivamente.
35. Así ya Ferrari, Giuseppe, «"Supreme magistrature" e composizione dei rispettivi collegi per l'elezione dei giudici costituzionali», *Giurisprudenza costituzionale*, 1963, p. 1027.
36. Malfatti, Elena, Panizza, Saulle, Romboli, Roberto, *Giurisprudenza costituzionale*, cit., 48. Se trata de una orientación notoriamente respaldada por la jurisprudencia constitucional (sentencia núm. 111 de 1963 y, con referencia al ejercicio efectivo de las funciones, sentencias núm. 86 y 87 de 1982).
37. Véase críticamente Cerri, Augusto, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 42.

comprometida si fuera posible elegir a un juez apoyado únicamente por la mayoría parlamentaria (o incluso por una única fuerza política mayoritaria en el Parlamento); la posibilidad en cuestión acabaría de hecho favoreciendo una fuerte identificación del juez elegido con ésta, comprometiendo así la independencia (o al menos la apariencia de la misma) del juez y, por tanto, de la Corte.

Para evitar tal resultado, el artículo 3 de la Ley Constitucional n.º 2/67 establece que la elección se realizará «por votación secreta y por mayoría de dos tercios de los miembros de la Asamblea», para las tres primeras votaciones, y por «tres quintos de los miembros de la Asamblea» para las siguientes. Por un lado, el voto secreto atenúa la identificación entre el magistrado elegido y las fuerzas políticas a las que pertenecen los parlamentarios que determinaron su elección, por la sencilla razón de que son formalmente incognoscibles, precisamente por la naturaleza (literalmente) arcana del escrutinio. Pero, sobre todo, la elevada mayoría exigida para la elección permite una «politización equilibrada y neutralizada»[38], ya que las fuerzas políticas —mayoría y oposición— se controlan mutuamente, favoreciendo así la elección de jueces imparciales.

Además, durante largas décadas, la previsión de altas mayorías para la elección de los magistrados constitucionales hizo surgir, en una suerte de heterogénesis de fines, «una de las más consolidadas y antiguas convenciones constitucionales»[39] entre los partidos políticos cuyo asentimiento era necesario para alcanzar el *quórum*; reglas destinadas a repartir los cinco componentes de la elección parlamentaria, según lo que podía parecer una «concepción patrimonial» de los puestos de la Corte Constitucional, que tendían a determinar, más que la esperada «desaparición», una tendencia al «hiperpartidismo»[40]. Probablemente no se trataba de una convención loable, que sin embargo, de forma un tanto paradójica, contribuyó a garantizar el pluralismo en el componente de elección parlamentaria de la Corte y, con ello, una composición equilibrada del órgano, funcional a su independencia. En efecto, este componente no era enteramente atribuible a la voluntad de la mayoría parlamentaria[41].

38. D'Orazio, Giustino, «Giudice costituzionale», en *Enciclopedia del Diritto*, XVIII, 1969, p. 951.
39. Grasso, Giorgio, «Forma di governo, convenzioni costituzionali e mutamento del quadro politico», in *Gruppo di Pisa*, 2, 2019, p. 152.
40. Zagrebelsky, Gustavo, Marcenò, Valeria, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 15.
41. En este sentido, véase Nicotra, Ida, «Spunti in tema di elezione e nomina dei giudici costituzionali», en Costanzo, Pasquale (ed.), *L'organizzazione e il funzionamento*, cit., pp. 112-114.

La afirmación que ahora se propone debería probablemente repetirse con cautela cuando se formule en el futuro. Es bien sabido, en efecto, que las altas mayorías previstas para la elección parlamentaria de los jueces constitucionales —como para los miembros de los demás órganos de garantía y para la propia revisión constitucional— fueron concebidas en presencia de sistemas proporcionales para las cámaras del Parlamento que, si no constitucionalizados[42], se hallaban ciertamente implícitos en la arquitectura institucional global[43]. El giro mayoritario de la legislación electoral de las cámaras, por otra parte, corre el riesgo de anular el significado garantista de los *quórum* elevados de los que aquí se ha hablado, destinados a evitar que las decisiones relevantes queden únicamente en manos de la mayoría parlamentaria.

Esta cuestión crítica ya se planteó en los albores de la jurisprudencia constitucional en Italia, puesto que el *proceso de* aprobación de la Ley n.º 87/53 que regulaba estos *quórums* —más tarde elevada por la Ley Constitucional n.º 2/67— se entrelazó con el de la Ley n.º 148 de 31 de marzo de 1953, que introdujo un posible premio de mayoría sustancial para la Cámara de Diputados[44]. La cuantía de este premio era tal —casi el 65% de los escaños de la Cámara asignados al grupo de listas que hubiera obtenido al menos la mitad más uno de los votos válidamente expresados— que corría el riesgo de poner la elección parlamentaria de los jueces constitucionales al alcance de la mayoría gubernamental, para lo cual la contextual Ley n.º 87/53 exigía tres quintos de los miembros del Parlamento en sesión común para las dos primeras votaciones y tres quintos de los votantes para las siguientes. Esto habría significado, en esencia, «una aplicación «indolora» de las nuevas instituciones de la Constitución: introducidas como garantía contra la mayoría parlamentaria (y el Gobierno), habrían sido incapaces de «perjudicar» a este último»[45]. Como es bien sabido, el premio de la mayoría no se puso en marcha en las elecciones de junio de 1953 porque el grupo de las listas vinculadas avanzó, pero no alcanzó la mayoría absoluta de los votos

42. Recuérdese la autorizada, aunque minoritaria, tesis doctrinal según la cual la Constitución impone implícitamente el sistema proporcional para la elección del Parlamento o, al menos, de la Cámara de Diputados (Lavagna, Carlo, «Il sistema elettorale nella Costituzione italiana», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1952, p. 855).
43. Bettinelli, Ernesto, «Elettorali (sistemi)», en *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, V, 1990, p. 451.
44. Véase Grasso, Giorgio, «La storia della legge n. 87 del 1953: le aspettative sui futuri giudizi della Corte costituzionale e lo "spirito" della legge, 70 anni dopo», en Grasso, Giorgio, Stevanato, Alice (eds.), *I 70 anni della legge n. 87 del 1953: la occasione per un «bilancio» sul processo costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2024, pp. 63-67.
45. Razona sobre la «convención» proporcionalista, Rotelli, Ettore, «La prima legislatura repubblicana e il ruolo del Parlamento», *Quaderni costituzionali*, 1, 1981, p. 109.

válidamente emitidos[46]. Posteriormente, la Ley n.º 148/53 fue derogada por la Ley n.º 615 de 31 de julio de 1954. De este modo, la cuestión del *quórum* necesario para la elección parlamentaria de los órganos de garantía quedó aparcada durante cuarenta años.

Pero esta volvió al primer plano en 1993, cuando finalizó la larga temporada proporcionalista de la historia republicana, seguida de un período caracterizado por una rápida sucesión de sistemas electorales que se ajustaron diversamente en sentido mayoritario, de forma más o menos marcada[47]. En este tiempo, han cambiado tanto las mayorías requeridas para la elección parlamentaria de los jueces constitucionales como la fuente que la regula. Esta última corresponde ahora a una ley constitucional (la citada Ley Constitucional n.º 2/67), lo que ha permitido superar las objeciones planteadas a la utilización de la ley ordinaria (Ley n.º 87/53) para introducir mayorías cualificadas, a pesar de la letra del artículo 64, § 3, que prevé una mayoría simple para las «deliberaciones» parlamentarias, que sólo puede ser derogada por una fuente constitucional[48].

En cuanto a las mayorías exigidas, es cierto que, en la transición de la Ley n.º 87/53 a la Ley Constitucional n.º 2/67, se elevan ligeramente: de tres quintos de los componentes, para las dos primeras votaciones, a dos tercios para las tres primeras; de tres quintos de los electores a tres quintos de los parlamentarios para las votaciones siguientes. Sin embargo, se trata de *quórums* a los que los ganadores de las elecciones generales pueden aspirar de forma realista, en virtud del refuerzo en términos de escaños resultante de la corrección en sentido mayoritario de su distribución entre las listas y/o candidatos. Así, en la actualidad, en virtud del extraño (pero no obstante

46. Véanse los resultados electorales *en* www.elezionistorico.interno.gov.it, que también se utiliza aquí para las citas posteriores de los resultados electorales de las cámaras del Parlamento.

47. Véase Cosulich, Matteo, «Sistemi elettorali (Italia)», en *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, *Actualización*, IV, 2010, esp. pp. 559-560.

48. A menos que, sobre la base de la distinción entre «deliberaciones» y «elecciones», se desee referir las disposiciones del artículo 64.3 de la Constitución únicamente a las primeras (así, Guarino, Giuseppe, «Deliberazione, nomina, elezione», *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1954, p. 73). Quedaría el problema de someter las mayorías requeridas para elegir a los jueces constitucionales a la reserva de ley constitucional en virtud del artículo 137, párrafo 1, de la Constitución (como «garantías de la independencia de los jueces de la Corte») o a la reserva de ley (ordinaria) *en virtud del* artículo 137, párrafo 2, de la Constitución (como «normas necesarias para la constitución»). (como «normas necesarias para la constitución (...) de la Corte»), a menos que se quiera acceder a la tesis ya antigua de una «constitucionalización» de la Ley núm. 87/53 operada por la contextual Ley constitucional núm. 1 de 11 de marzo de 1953 (véase la cuidadosa reconstrucción del debate doctrinal pertinente en Crisafulli, Vezio, *Lezioni di Diritto costituzionale*, II, V ed., Padua, Cedam, 1984, pp. 235-236).

predominantemente mayoritario)[49] sistema electoral adoptado para la Cámara de Diputados y el Senado, la mayoría gubernamental supera los tres quintos de los componentes del cuerpo electoral que ha de elegir a los jueces constitucionales (fracción correspondiente a 363 diputados, calculada sobre los 605 miembros del Parlamento en sesión común), suficiente para la elección a partir de la cuarta votación; la mayoría alcanza los 354 diputados, sobre la base de las declaraciones de voto efectuadas por los jefes de grupo de las dos cámaras con ocasión de la confianza otorgada al Gobierno Meloni en octubre de 2022.

La elección parlamentaria de los jueces constitucionales se caracteriza no pocas veces por un cierto retraso en la misma, debido a las dificultades de las fuerzas políticas para llegar a un acuerdo sobre el *eligendorum*; dificultades que parecen ser expresión de la «manifiesta incapacidad del sistema político, inadecuado incluso para converger en una candidatura compartida»[50]. Los escrutinios de la sesión conjunta del Parlamento se suceden así en el vacío, a veces durante varios meses, volviendo a proponer una especie de «obstruccionismo mayoritario»[51] redescubierto. Si ésta, en los primeros años de la vida republicana, bloqueó, entre otras cosas, la adopción de la legislación necesaria para la creación de la Corte Constitucional, hoy corre el riesgo de paralizar su funcionamiento. En efecto, según el artículo 16, párrafo 2 de la ley 87/53, «la Corte funciona con la intervención de al menos once magistrados». Así pues, si el Parlamento no renovara a ninguno de sus magistrados, la Corte quedaría paralizado. Se trata, afortunadamente, de un supuesto de laboratorio; sin embargo, la no renovación por el Parlamento de algunos jueces, combinada con el impedimento de otros miembros de la Corte, puede conducir, al menos temporalmente, al mismo resultado, como ocurrió a principios de 2002[52].

La inercia parlamentaria en relación con la elección de los jueces constitucionales no bastaría por sí sola para provocar la paralización del funcionamiento de la Corte si no se combinara —como de hecho se combina— con la falta de previsión de la *prorogatio de* los jueces al final de su mandato. El artículo 135 de la Constitución, modificado por la Ley Constitucional n.º

49. Véase Cosulich, Matteo, «Il tramonto dell'eguaglianza (del voto). Considerazioni critiche sulla legge n. 165 del 2017», *Critica del diritto*, 2, 2017, p. 22.
50. Poggi, Anna, «La elezione del Presidente della Repubblica. Le proposte sulle candidature: questioni di metodo e di merito», *Osservatorio costituzionale*, 2, 2022, p. 38, en www.osservatorioaic.it.
51. Citando a CALAMANDREI, Piero, «L'ostruzionismo di maggioranza», *Il ponte*, 1, 1953, p. 129.
52. Véase Panizza, Saulle, «Composizione, organizzazione e funzionamento della Corte costituzionale», en Romboli, Roberto (ed.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2002-2004)*, Turín, Giappichelli, 2005, pp. 3-4.

2/67, contiene un apartado 4, cuya letra excluye *la prorogatio*: «al expirar el mandato, el juez constitucional cesará en el ejercicio de sus funciones»[53]. A este respecto, cabe señalar que la Corte Constitucional, en el apartado 1 del artículo 18 de su Reglamento General de 1966, había previsto expresamente —y con buen criterio, por lo visto *anteriormente*— la *prorogatio de los* jueces constitucionales[54], ante el silencio del texto constitucional entonces vigente. Pero precisamente al año siguiente se modificó el texto constitucional para excluir esta disposición.

En cuanto a la inercia parlamentaria, el plazo de un mes (artículo 5.2 de la Ley Constitucional n.º 2/67) para sustituir al juez cuyo cargo quede vacante al final del período de nueve años es ineficaz. En efecto, se trata de un plazo ordinario, aunque sólo sea porque no tiene sanción. Sobre este punto, sin embargo, podría preverse una disolución anticipada de las cámaras por el Presidente de la República en caso de que la no renovación de los magistrados elegidos por el Parlamento condujera a la paralización del funcionamiento de la Corte[55]. De lo contrario, la cuestión crítica en cuestión podría superarse mediante una revisión constitucional, por ejemplo, reintroduciendo la *prorogatio de los* magistrados constitucionales (solución que parece la más sencilla para quien aquí escribe) o confiando a otros el nombramiento de los magistrados pertenecientes al Parlamento en caso de inercia parlamentaria. Recordemos, por ejemplo, la propuesta de que el nombramiento, en caso de inercia prolongada del Parlamento en sesión conjunta, «se decida por acuerdo entre los Presidentes de la Cámara de Diputados y del Senado de la República»[56]. Con ello, además, se correría el riesgo de poner la elección de los magistrados constitucionales exclusivamente en manos de la mayoría parlamentaria que, como se sabe, expresan actualmente ambos presidentes de cámara, a reserva, claro está, de su deseable capacidad para asumir un papel *super partes* incluso en esta delicada coyuntura.

---

53. Véase, críticamente, Mangia, Alessandro, «La durata del mandato dei giudici costituzionali», en Anzon, Adele, Azzariti, Gaetano, Luciani, Massimo (eds.), *La composizione della Corte*, cit., pp. 135-136.
54. Así, «cada juez permanece en funciones hasta la fecha del juramento del juez llamado a sustituirle» (véase el texto en *Gazzetta Ufficiale*, *parte I*, *edizione speciale*, 19 febbraio 1966, 45).
55. Véase Spadaro, Antonino, «Prime considerazioni sul Presidente della Repubblica quale garante preventivo della Costituzione ed eventuale parte passiva in un conflitto per interposto potere», en Anzon, Adele, Caravita, Beniamino, Luciani, Massimo, Volpi, Mauro (eds.), *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Turín, Giappichelli, 1993, p. 298, nt. 20.
56. Así *Camera dei deputati*, XVII Legislatura, p.d.l. cost. 8 febrero 2017, núm. 4282, a iniciativa de Michele Nicoletti *et al*.

2.4. EL NOMBRAMIENTO PRESIDENCIAL

Por último, en lo que respecta a los magistrados constitucionales nombrados por el Presidente de la República, el perfil de mayor interés en relación con la independencia de la Corte Constitucional se refiere al papel del Gobierno en el propio nombramiento. Ahora bien, desde la adopción de la Ley n.º 87/53, el nombramiento presidencial en cuestión queda a discreción del Jefe del Estado. Tanto es así que en la *tramitación* parlamentaria de la Ley n.º 53, la indicación de la «propuesta del Ministro de Gracia y Justicia» para el nombramiento presidencial de los magistrados constitucionales fue suprimida del texto[57]. Así, el tenor literal del artículo 4 de la Ley n.º 87/53, aún hoy en vigor, sólo habla de nombramiento por decreto presidencial (párrafo 1) y de su refrendo por el Presidente del Consejo de Ministros (párrafo 2), lo que —a la luz de la máxima *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*— confina al Gobierno en un papel de control, limitado a la hipótesis de elecciones ilegítimas o gravemente arbitrarias por parte del Presidente de la República. Más allá de estas remotas eventualidades, en las elecciones presidenciales la independencia-imparcialidad del Jefe del Estado repercute en los nombramientos por él efectuados, que entran pacíficamente dentro de los actos formal y sustancialmente presidenciales, contribuyendo a connotar al propio Tribunal como un órgano independiente e imparcial.

A este respecto, podría surgir un perfil problemático en el caso de que las mencionadas modalidades distorsionadoras utilizadas para asignar los escaños parlamentarios[58] permitieran a la mayoría gubernamental elegir a un Presidente de la República fuertemente identificado con ella y, en consecuencia, se despojara a este último de la independencia (respecto de la mayoría política) que le ha caracterizado encomiablemente hasta ahora. En tan desafortunada eventualidad, los nombramientos presidenciales podrían caracterizarse por la parcialidad, transmitiendo este carácter a los jueces designados y, por ende, al propio Tribunal.

3. ORGANIZACIÓN INTERNA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

3.1. LA AUTONOMÍA DEL ÓRGANO, EN SUS DIVERSAS FORMAS

Una vez constituida, la Corte Constitucional —un órgano independiente e imparcial gracias a la forma en que se ha elegido a sus miembros hasta ahora— también salvaguarda su independencia mediante las amplias y variadas formas de autonomía que se le conceden.

57. Véase Crisafulli, Vezio, *Lezioni di Diritto*, cit., p. 244; *adde amplius* Grasso, Giorgio, «La storia della legge n.º 87», cit., pp. 50-60.
58. Véase *supra* apartado 2.3.

De hecho, goza de autonomía reglamentaria, autonomía administrativa, autonomía financiera y autonomía contable, ejerciendo también la autoorganización sobre sus propios empleados. También cuentan con autonomía, en mayor o menor medida, otros órganos constitucionales, como las cámaras del Parlamento y la Presidencia de la República, que son igualmente «órganos soberanos»[59]. Sin embargo, la peculiar naturaleza de la Corte como órgano supremo hace que las diversas manifestaciones de su autonomía adquieran en ella un significado especial.

Así pues, en lo que respecta a la autonomía normativa, no es de extrañar que su fundamento se encuentre, como en el caso de los demás órganos antes mencionados, no en el plano legislativo sino en el constitucional; más concretamente, en el caso de la Corte, en un principio constitucional respecto del cual las disposiciones de la Ley n.º 87/53 (art. 14, párr. 1 y art. 22, párr. 2) asumen un valor meramente de reconocimiento[60].Por el contrario, debe señalarse que la Corte Constitucional es el único órgano judicial (aunque *sui generis*)[61] de nuestro ordenamiento jurídico competente para regular mediante sus propios actos tanto sus propias funciones (art. 14, párr. 1 Ley núm. 87/53) como, aunque de forma integradora, las formas procesales de sus sentencias (art. 22, párr. 2)[62]. Pero, sobre todo, los límites legislativos impuestos a la autonomía reglamentaria de la Corte son particularmente débiles, ya que, como toda disposición legislativa, están sometidos al control de constitucionalidad, que en este caso se basaría inevitablemente en la forma en que la Corte entienda su autonomía reglamentaria y, más en general, su independencia[63]. A este respecto, cabe recordar que no faltan pronunciamientos de la Corte sobre la Ley n.º 87/53 (sentencia n.º 111 de 1963, auto n.º 130 de 1998, sentencia n.º 255 de 2014) que confirman, si alguna vez hizo falta, que está sujeta a la jurisprudencia constitucional, que bien puede anular las disposiciones que considere ilegítimas, como ocurrió en la última sentencia citada. Es más, la cuestión definida por la Sentencia n.º 255 de 2014 surgió tras una autoevaluación de la Corte Constitucional[64], como para

59. Véase *supra* nota 1.
60. Véase Conti, Gian Luca, «La legge n. 87 del 1953 nel sistema delle fonti», en Grasso, Giorgio, Stevanato, Alice (eds.), *I 70 anni della legge n. 87*, cit., p. 120.
61. Véase *supra* apartado 1.
62. Zagrebelsky, Gustavo, Marcenò, Valeria, *Giustizia Costituzionale*, cit., p. 24.
63. Véase Crisafulli, Vezio, «Osservazioni sul nuovo "regolamento generale" della Corte costituzionale», *Giurisprudenza Costituzionale*, 1966, p. 563.
64. Véase Rossi, Emanuele, «Meglio tardi che mai: la Corte elimina la specialità del procedimento di controllo delle leggi siciliane (ovvero: la Sicilia si avvicina al continente...)», en *le Regioni*, 2015, p. 473.

confirmar que ni siquiera necesita de un juez *a quo* para intervenir sobre su propia disciplina legislativa, remodelándola[65].

En cuanto a la autonomía financiera y contable, al igual que las cámaras parlamentarias y la Presidencia de la República, la Corte autogestiona las sumas que el Estado le asigna, mediante un presupuesto propio, que está exento del control contable de la Corte de Cuentas, ya que los respectivos contables están exentos del juicio de cuentas de este último, por derogación del artículo 103, apartado 2, de la Constitución[66]. Pero la Corte Constitucional no es sólo la destinataria del reconocimiento de la autonomía contable, como los demás órganos ahora mencionados; la Corte Constitucional es también su juez, en la medida en que define la extensión y el alcance de la autonomía contable en la sentencia sobre el conflicto de atribución entre los poderes del Estado planteado por la Corte de Cuentas contra la Presidencia de la República, la Cámara de Diputados y el Senado de la República (así la sentencia n.º 129 de 1981). Aunque prudentemente el conflicto no se planteó también contra la Corte Constitucional, es bastante evidente que éste, al juzgar la autonomía contable de las cámaras y de la Presidencia de la República, definió también la suya. Parafraseando a Horacio[67], se podría decir: *mutato nomine de te fabula narras*.

Similares consideraciones pueden hacerse para la autoorganización respecto de sus trabajadores: no sólo la Corte Constitucional, al igual que las cámaras del Parlamento y la Presidencia de la República, dispone de ella (como reconoce el art. 14, párr. 3 de la Ley n.º 87/53), sino que establece su fundamento y extensión al pronunciarse sobre cuestiones de legitimidad constitucional (judg. n.º 154 de 1985 y sent. n.º 120 de 2014) y definiendo los conflictos de atribución entre los poderes del Estado (sent. n.º 262 de 2017 y, recientemente, sent. n.º 65 de 2024) que conciernen a la propia *autodichia*, con referencia específica a la de las cámaras, la única que ha dado lugar a tales cuestiones y conflictos. El mencionado doble papel de la Corte Constitucional (titular de la *autodichia* y juez de la misma)[68] resulta especialmente claro cuando se recuerda que la Corte ha introducido una nueva regulación de sus órganos de autoorganización, modelándola sobre los principios que

65. Véase Conti, Gian Luca, «La legge n. 87 del 1953», cit., p. 158.
66. Del mismo modo, la Corte de Cuentas carece de competencia para ejercer la jurisdicción contencioso-administrativa por daños patrimoniales contra los empleados de estos órganos constitucionales (así la jurisprudencia constitucional de la Sentencia n.º 169 de 2018, referida a la Presidencia de la República, pero con conclusiones también aplicables a las cámaras del Parlamento y al propio Tribunal Constitucional).
67. *Satura* I, 1, 69-70.
68. Véase Iannuzzi, Tino, «La Corte costituzionale è il "giudice naturale" della autodichia», *federalismi.it*, 28, 2021, p. 58.

ha definido en su propia jurisprudencia sobre la autoorganización parlamentaria[69].

3.2. LA PRESIDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La forma de elección del Presidente de la Corte Constitucional refuerza su autonomía y, por tanto, su independencia. En la Asamblea Constituyente, la solución que prevaleció fue la elección del Presidente por la Corte en su seno[70], ahora regulada por el artículo 135, apartado 5 de la Constitución[71]. De este modo, se abandonaron las soluciones de heterodeterminación del Presidente de la Corte Constitucional, presentes en otros ordenamientos jurídicos, en los que es nombrado directamente por el Jefe del Estado (Estados Unidos y Francia) o, más raramente, elegido por el Parlamento (Alemania)[72]; soluciones que, al menos potencialmente, debilitan la autonomía del órgano colegiado, dejando (al menos) su coordinación en manos de un órgano elegido desde el exterior.

Por otra parte, la elección del Presidente confiada al propio Tribunal podría poner de manifiesto conflictos internos, debilitándolo frente a otros poderes. Las normas electorales pretenden evitarlo previendo, además del requisito de mayoría absoluta (art. 6, § 1 Ley 87/53), la utilización del voto secreto (art. 7, § 1 Reglamento General de la Corte Constitucional) y «un refuerzo singular del secreto del voto»[73], es decir, la destrucción de las papeletas una vez hecha la proclamación (§ 4).

Destinado a sofocar el posible conflicto interno en el seno de la Corte en la elección de su Presidente parece ser el criterio de la antigüedad en la identificación de éste, seguido con frecuencia por el propio Tribunal desde los años ochenta. El recurso a este criterio, sin embargo, parece dar lugar a una práctica que podría acabar prevaleciendo sobre la disciplina constitucional que prevé mandatos de tres años, así como la posible reelegibilidad

69. Véase el Reglamento de recursos sobre la contratación de personal de la Corte Constitucional, aprobado por la Corte Constitucional el 24 de enero de 2018 y publicado en *Gazzetta Ufficiale*, *serie generale*, 7 febbraio 2018, 31 (Panizza, Saulle, «Composizione, organizzazione e funzionamento della Corte costituzionale», en Romboli, Roberto (ed.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, Turín, Giappichelli, 2020, 5, nt. p. 10).

70. Véase Siclari, Massimo, «Il Presidente della Corte costituzionale», en Anzon, Adele, Azzariti, Gaetano, Luciani, Massimo (eds.), *La composizione della Corte*, cit., pp. 160-161.

71. Este es el texto modificado por la Ley Constitucional n.º 2/67; el texto original de la Constitución contenía una disposición similar en el apartado 3 del artículo 135: «La Corte elige a su Presidente de entre sus miembros».

72. Véase Pegoraro, Lucio, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Turín, Giappichelli, 1998, p. 77.

73. Malfatti, Elena, Panizza, Saulle, Romboli, Roberto, *Giustizia Costituzionale*, cit., p. 59.

(art. 135, párrafo 5, de la Constitución); ambas imposibilitadas de hecho por la elección a la presidencia de un magistrado constitucional que, precisamente por ser el más antiguo en el cargo, terminará su mandato mucho antes de la expiración del trienio. Asistimos así muy a menudo a «presidencias cortas»[74], caracterizadas, en su sucesión, por una disminución constante de la duración media del mandato presidencial[75]. Por otra parte, la dimensión de la oposición interna en el seno de la Corte en el momento de la elección presidencial, que el criterio objetivo de la antigüedad pretende esterilizar, correría paradójicamente el riesgo de verse acentuada por la frecuente repetición de las elecciones resultante de la brevedad de las presidencias, mientras que esta última característica podría acabar disminuyendo la autoridad del Presidente de la Corte. Por último, cabe señalar que el criterio de la antigüedad no evita necesariamente los contrastes internos que pueden surgir, al menos en la hipótesis, no infrecuente, de que haya jueces con la misma antigüedad en el cargo, por haber jurado el mismo día (artículo 135, párrafo 3, de la Constitución).

3.3. EL ESTATUTO DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES

Naturalmente, la independencia de la Corte Constitucional también está protegida a través de las garantías previstas para los jueces individuales por las normas que regulan su *estatuto*. Como miembros de un «órgano soberano»[76], los jueces constitucionales gozan de infalibilidad, inviolabilidad e inamovilidad, que se rigen por las disposiciones de rango constitucional de conformidad con la correspondiente reserva de ley constitucional *en virtud* del artículo 137, apartado 1, de la Constitución[77].

La primera prerrogativa, de naturaleza sustantiva, está ampliamente reconocida a los jueces constitucionales por el artículo 5 de la Ley Constitucional n.º 1/53, que establece que «no podrán ser objeto de revisión o enjuiciamiento por las opiniones expresadas o los votos emitidos en el ejercicio de sus funciones».

En cuanto a la inviolabilidad, como inmunidad procesal, se confiere «mientras permanezcan en el ejercicio de sus funciones» a los jueces constitucionales mediante una referencia a la «inmunidad concedida por el apartado 2 del artículo 68 de la Constitución a los miembros de las dos cámaras» (apartado 2 del artículo 3 de la Ley Constitucional n.º 1 de 9 de

74. Ruggeri, Antonio, Spadaro, Antonino, *Lineamenti di giustizia*, cit., p. 59.
75. Véase Malfatti, Elena, Panizza, Saulle, Romboli, Roberto, *Giustizia Costituzionale*, cit., p. 61.
76. Véase *supra* nota 1.
77. Véase *supra* nota 48.

febrero de 1948), sustituyendo evidentemente la propia Corte al Parlamento en la concesión de la autorización correspondiente (apartado 3 del artículo 3). La referencia en cuestión parece considerarse fija[78] y, por tanto, tal que remite al texto constitucional vigente en la época, es decir, el apartado 2 del artículo 68 de la Constitución antes de la revisión adoptada por la Ley Constitucional n.º 3 de 29 de octubre de 1993. De ello se desprende que la institución de la autorización para proceder —según la cual, en el presente caso, el sometimiento de la acción penal está sujeto a la autorización del órgano al que pertenece el parlamentario— ya no prevista, precisamente desde 1993, para los parlamentarios, sigue aplicándose en exclusiva a los jueces constitucionales, de conformidad con la naturaleza del órgano «de cierre» de la Corte Constitucional[79]. La previsión de la autorización para proceder contra los jueces constitucionales italianos es tanto más peculiar a la luz de la consideración de que no tiene paralelo en otros órganos de la justicia constitucional[80].

En cuanto a la institución de la inamovilidad de los jueces constitucionales, subsume y resume las disposiciones legislativas que remiten su destitución o suspensión al propio Tribunal, mediante resolución adoptada «por mayoría de dos tercios de los miembros presentes en la sesión» (artículo 7 Ley Constitucional n.º 1/53), únicamente «por incapacidad física o civil sobrevenida o por falta grave en el ejercicio de sus funciones» (artículo 3, § 1 Ley Constitucional n.º 1/48).

La inmunidad de la Corte en su conjunto y de sus miembros a título individual aún puede invocarse para la protección de la sede de la Corte y la protección penal. En cuanto a la primera, constitucionalmente propia de un «órgano soberano», está explícitamente recogida en los artículos 1-3 del Reglamento General de la Corte Constitucional. En cuanto a la segunda, no es sólo de la Corte, sino también de otros órganos constitucionales, en el sentido del Código Penal (art. 289, bajo el epígrafe «Atentado a los órganos constitucionales y a las asambleas regionales» y art. 290, bajo el epígrafe «Insultos a la República, a las instituciones constitucionales y a las fuerzas armadas»). Sin embargo, como ya hemos visto con referencia a otras instituciones, la posición de la Corte Constitucional —órgano supremo— es peculiar en el sentido de que también actúa como juez de la legislación que le concierne. En este sentido, puede hacerse referencia a la intervención

78. A sí Zagrebelsky, Gustavo, Marcenò, Valeria, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 56; *contra* Cerri, Augusto, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 56.
79. Así Ruggeri, Antonio, Spadaro, Antonino, *Lineamenti di giustizia*, cit., p. 56.
80. Véase Pinardi, Roberto, «Appunti in tema di autorizzazione a procedere per i giudici della Corte costituzionale», en Costanzo, Pasquale (ed.), *L'organizzazione e il funzionamento*, cit., pp. 154-156.

sustitutiva sobre el artículo 313, apartado 3, del Código Penal, por la que la Corte declaró parcialmente ilegítimo este último, atribuyéndose a sí mismo, en lugar de al Ministro de Justicia, la concesión de la autorización para proceder por el delito de desacato al propio Tribunal (Sentencia n.º 15 de 1969).

Por último, conviene recordar las instituciones que, en cierta medida, podrían considerarse protectoras de la independencia de los jueces frente a sí mismos. Así, el mencionado mandato de nueve años configura un horizonte temporal muy amplio para el cargo desempeñado, mientras que la exclusión de cualquier forma de renovabilidad del propio mandato, aunque no sea inmediata (artículo 135, párrafo 3, de la Constitución)[81], libera al juez de cualquier reflexión sobre la perpetuación de su función, que es imposible.

Desde la perspectiva de la protección de la independencia de los jueces constitucionales, cabe enmarcar la vieja cuestión de la introducción del *disenso* en las decisiones de la Corte Constitucional. Dejando a un lado los ciertamente apreciables ríos de tinta que se han vertido sobre la conveniencia, o no, de introducir *dissenting opinion* (y/o *concurring opinion*)[82] de los jueces constitucionales en nuestro ordenamiento jurídico[83], por lo que a nosotros respecta, no parece posible excluir por completo la posibilidad de que algunos de ellos se vieran inducidos en ocasiones a utilizar estas instituciones como una suerte de *captatio benevolentiae* hacia determinados actores políticos, manifestando expresa y públicamente su proximidad a las orientaciones de estos últimos. Dicho de otro modo, «podría surgir la tentación para los jueces de prefigurarse un futuro *a posteriori*» a través de los votos particulares[84]. Por tanto, parece preferible favorecer siempre el principio de colegialidad de la Corte y de sus trabajos, para proteger la autoridad —y, por tanto, la independencia— del órgano y de sus miembros.

Similares consideraciones, al menos en parte, parecen poder formularse con referencia a aquel fenómeno reconstruible en términos de *disenso a posteriori*, cuando un magistrado emérito revelase públicamente la posición contraria manifestada en la intimidad de la sala del consejo con referencia

81. Véase *supra* nota 28.
82. Depende de si, como es sabido, la *discrepancia* afecta a la parte dispositiva y a la motivación (*opinión discrepante*) o sólo a esta última (*opinión concurrente*).
83. Al menos desde Mortati, Costantino «Prefazione», en *id.* (ed.), *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali ed internazionali*, Milán, Giuffrè, 1964, pp. VII-IX. El propio Costantino Mortati, como juez constitucional, propuso en 1968, sin éxito, una modificación de las normas supletorias de las sentencias ante la Corte, destinada a introducir *el disenso* (véase D'Orazio, Roberto, «L'Archivio Mortati: prime considerazioni», *Nomos*, 1, 2016, pp. 16-17, en www.nomos-leattualitaneldiritto.it).
84. Zagrebelsky, Gustavo, Marcenò, Valeria, *Giustizia Costituzionale*, cit., p. 46.

a una decisión adoptada por la Corte. La reserva que corresponde a un juez constitucional incluso después de la conclusión de su mandato, generalmente coincidente con una edad más bien madura, parece corresponder a un posible significado, *lato sensu*, de la conocida invocación de Manzoni: «adornar el dogma de felices santos deseos»[85].

85. Manzoni, Alessandro, *La Pentecoste*, 141-142.

Capítulo 16

La autonomía del Tribunal Constitucional como garantía de su independencia. Algunos ejemplos

Patricia Rodríguez-Patrón
Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universidad Autónoma de Madrid[1]

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ALGUNOS EJEMPLOS DEL PAPEL QUE PUEDE CUMPLIR LA AUTONOMÍA DEL TC PARA LA GARANTÍA DE SU PROPIA INDEPENDENCIA.. *2.1. Medidas en defensa de su propia posición institucional. 2.2. Medidas de garantía del óptimo cumplimiento de su función..* 2.2.1. Ordenación del proceso y garantía de la homogeneidad de su doctrina. 2.2.2. Trasparencia. 3. REFLEXIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

Señala Maquiavelo en «El Príncipe» que hay problemas de Gobierno que encuentran un parangón médico en la tisis. De acuerdo con lo que señalarían los especialistas, esta es una enfermedad que al principio es muy difícil de detectar, pero muy fácil de curar. Sin embargo, cuando se encuentra en un estado más avanzado, es muy fácil de detectar —cualquiera puede hacerlo— pero es ya muy difícil de curar. Quizá sea esto, en parte, lo que ha sucedido con la independencia del Tribunal Constitucional en nuestro país. Los profesores italianos que nos acompañaban en el seminario que da origen a este libro han puesto de manifiesto unánimemente en la encuesta realizada al efecto estar convencidos de que su justicia constitucional es independiente, al contrario de lo que ocurre en la encuesta realizada entre

1. https://orcid.org/0000-0002-2887-7782.

los profesores españoles, en cuyas respuestas se aprecia, en general, una honda preocupación por la independencia e imparcialidad del Tribunal Constitucional[2]. Nuestra recomendación «médica» para los colegas italianos sería que estén atentos, no obstante, por si la enfermedad estuviera allí todavía en una fase incipiente, pues la crisis de la independencia de los tribunales constitucionales tiene ciertas trazas de problema global.

Coincido con la idea expresada por la profesora Cartabia en la sesión de la mañana en que el asunto de la independencia nace con la elección de los magistrados[3], podríamos decir más concretamente en la conciencia con la cual se eligen, sean cuales sean los órganos a los que les corresponda dicha elección. Si se eligen personas no por su reconocida competencia, sino por su reconocida cercanía a los partidos políticos nunca podremos esperar de ellas que velen por la independencia del Tribunal Constitucional.

Pero que cada palo aguante su vela: la responsabilidad es de todos, de los que eligen y de los elegidos. Porque la conciencia que tengan los magistrados de la alta función que están llamados a cumplir es esencial para conseguir una justicia constitucional independiente. Además, cuentan con un instrumento muy útil para este fin: su autonomía funcional como órgano constitucional, cuya razón de ser, no puede olvidarse, es garantizar el mejor cumplimiento de la función que le ha encomendado la Constitución. A continuación, expondremos algunos ejemplos al respecto.

2. ALGUNOS EJEMPLOS DEL PAPEL QUE PUEDE CUMPLIR LA AUTONOMÍA DEL TC PARA LA GARANTÍA DE SU PROPIA INDEPENDENCIA.

Dadas las características del TC como órgano constitucional, el ámbito de su autonomía se extiende tanto a aspectos organizativos, como a la garantía de su posición y alta función[4].

2. Nos referimos a la encuesta a los profesores participantes en el Seminario italo-español «La independencia de la justicia constitucional a examen», celebrado en la Universidad de Navarra (Sede de Posgrado) y en la Universidad Pontificia Comillas (ICADE), en Madrid, el 22 de marzo. Sus resultados pueden consultarse en: 2024https://independenciatribunalconstitucional.es/sesion_2.html.
Se trasluce igualmente una común preocupación por la independencia del TC de la encuesta realizada por en el monográfico sobre el TC de la Revista Teoría y Realidad Constitucional núm. 53 (2024), pp. 15-115.
3. Cartabia, Marta: «El difícil equilibrio de la justicia constitucional en el sistema constitucional», conferencia pronunciada en el Seminario italo-español antes mencionado.
4. A esta cuestión ya nos hemos referido extensamente en Rodríguez-Patrón, Patricia, «La potestad reglamentaria del Tribunal Constitucional», ed. Iustel, 2005.

2.1. MEDIDAS EN DEFENSA DE SU PROPIA POSICIÓN INSTITUCIONAL

Los tribunales constitucionales pueden adoptar dentro de su ámbito de autonomía medidas en defensa de su propia función y posición como órganos constitucionales. Un ejemplo de ello lo encontramos en la historia de la Corte Constitucional italiana, que en 1966 se vio ante la eventualidad de no poder ejercer sus funciones. Su número de Magistrados se había reducido por debajo de once miembros (que es el quórum estructural que se exige en Italia para que la Corte pueda ejercer su actividad) y la elección de nuevos miembros se prolongaba mucho más de lo institucionalmente soportable. Para solventar tal situación, introdujo en el artículo 18 de su Reglamento General la *prorogatio* de los magistrados, una vez terminado su mandato y hasta tanto se nombrará a los sustitutos. La *prorogatio* no estaba prevista ni en la Constitución ni en la Ley. Pero, ante dicha muestra de autonomía por parte de la Corte, el legislador decidió derogar ese artículo, prohibiéndola para los jueces constitucionales mediante la Ley constitucional 2/1967, lo que —a mi juicio— pone en evidencia la eficacia de la regulación reglamentaria interna para garantizar la independencia funcional del órgano.

Pero podemos traer a colación también un ejemplo que pertenece a la historia reciente de nuestro Tribunal Constitucional y tiene que ver con la competencia para verificar la idoneidad de los candidatos a magistrados prevista en los arts. 2.1. g) y 10.1 i) LOTC y el intento frustrado de suprimirla mediante la enmienda núm. 62 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, presentada 11 de noviembre de 2022 por los Grupos Parlamentarios Socialista y Confederal de Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común. La enmienda no llegó a aprobarse porque su tramitación fue suspendida mediante ATC 177/2022[5].

Pero, ¿cuáles son los hechos que dan lugar al intento de derogación de los arts. 2.1. g) y 10.1 i) LOTC? Pues bien, por esas fechas estaba pendiente la renovación del Tribunal, correspondiendo la designación de candidatos para magistrados al Gobierno y al Consejo General del Poder Judicial. El

5. Este auto ha sido objeto de estudio por la doctrina. Entre otros, v. Urías, Joaquín, «Un auto político. Comentario al ATC 177/2022, de 19 de diciembre». *Revista Catalana de Dret Pùblic* 2023, Disponible en: https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2023/02/15/un-auto-politico-comentario-al-atc-177-2022-de-19-de-diciembre-joaquin-urias/; Requejo Rodríguez, Paloma: Recurso de amparo y procedimiento legislativo: el polémico Auto 177/2022 del Tribunal Constitucional español. Revista de la Facultad de Derecho de México, 286, 2023, pp. 31-55.

Gobierno había realizado ya esa designación, pero no el Consejo. Ante la perspectiva de que la elección por parte de este último se alargara más de lo deseado, el ejecutivo 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, 8 de los 11 magistrados se mostraron a favor de no proceder al trámite de verificación hasta tanto no se celebrará 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 nombramiento[6]. Frente a la eventualidad de que este hecho no se produjera, el día 15 de diciembre la mayoría parlamentaria que sostenía al Gobierno introdujo en la ley ya citada la enmienda 62, permitiendo que sus candidatos a magistrados pudieran acceder al cargo aunque el Consejo no hubiera propuesto a los suyos y suprimiendo el trámite de verificación por el Pleno del Tribunal de la idoneidad de los candidatos como requisito de acceso al cargo, otorgando dicha competencia al órgano proponente, lo que evidentemente equivale a su inexistencia.

Los hechos descritos ponen de manifiesto cómo el Tribunal puede defender su propia posición como órgano constitucional y su independencia frente a otros órganos constitucionales a través de su autonomía funcional. A su vez, la prueba de que esto es así la encontramos en el intento de supresión por la mayoría parlamentaria de su función de verificación de la idoneidad de los nuevos magistrados que, no por casualidad, es una de las funciones que se asocian tradicionalmente a la autonomía de los órganos constitucionales (por todos, Di Ciolo, Roberto, *Il Diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*, Giuffrè, Varese 1980, p. 3).

Pero no es la primera vez que puede comprobarse en nuestro país el potencial de este trámite interno de verificación en orden a garantizar la independencia y posición del órgano. Un año antes de los hechos descritos, concretamente el 11 de noviembre de 2021, el Tribunal sometía a escrutinio la elección de otros cuatro magistrados: Enrique Arnaldo, Concepción Espejel, Inmaculada Montalbán y Juan Ramón Sáez. La verificación resultó

6. De todo ello se da cuenta en: https://www.elmundo.es/espana/2022/11/30/638761a0fdddffdb458b45ef.html.

positiva, pero registró un voto en contra de algún magistrado o magistrada, sin que tengamos constancia de las razones que sustentaron su decisión en contra[7]. En otra ocasión anterior —concretamente, en el año 2013— el Pleno estuvo a punto de rechazar la idoneidad de uno de los candidatos del Gobierno: Enrique López. Sólo el voto de calidad del por entonces presidente del órgano, Pascual Sala, permitió que obtuviera el *placet* del Tribunal y pudiera tomar posesión de su cargo[8].

Sin poner en duda —materialmente— la valía profesional de ninguno de los magistrados que hayan pasado o estén en la actualidad en el Tribunal Constitucional, es necesario reconocer —como hemos advertido en otras ocasiones[9]— que el hecho de que los elegidos no ostenten formalmente el mayor grado de competencia profesional provoca las sospechas de que su elección no responde a criterios de solvencia jurídica, sino de «reconocida cercanía» a los partidos respectivos[10]. Por eso, no podemos sino preguntarnos qué habría ocurrido si en alguna ocasión el Tribunal, en uso de su prerrogativa, hubiera decidido rechazar a alguno de los candidatos por carecer de los méritos que permitan acreditar de forma objetiva su reconocida competencia o por no reunir las condiciones necesarias para ejercer su cargo con imparcialidad en virtud, por ejemplo, de los cargos ostentados con anterioridad. Quizá hubiera sido un buen aviso a navegantes y una efectiva forma de garantizar su propia independencia que hubiera podido contri-

7. Véase la nota de prensa del TC que da cuenta de todo ello: https://docreader.readspeaker.com/docreader/?jsmode=1&cid=bukvg&lang=es_es&voice=Pilar&;url=https%3A%2F%2Fwww.tribunalconstitucional.es%2FNotasDePrensaDocumentos%2FNP_2021_108%2FNOTA+INFORMATIVA+N%C2%BA+108-2021O.pdf&referer=https%3A%2F%2Fwww.tribunalconstitucional.es%2F&page=1
También se refiere a estos hechos: https://confilegal.com/20211112-los-candidatos-al-tc-logran-con-nueve-votos-a-favor-que-el-pleno-apruebe-su-nombramiento/.

8. Varios medios se hicieron eco de esta circunstancia. En su mayoría, atribuyen el voto negativo de 6 magistrados a que el magistrado no contaba con más de 15 años de ejercicio profesional. Así: https://www.europapress.es/nacional/noticia-voto-calidad-pascual-sala-permite-enrique-lopez-obtener-idoneidad-acceder-tribunal-constitucional-20130611190602.html; https://www.rtve.es/noticias/20130611/voto-calidad-del-presidente-del-constitucional-permite-a-enrique-lopez-entrar-tribunal/685761.shtml; y https://cadenaser.com/ser/2013/06/11/espana/1370908254_ 850215.html.
Por su parte, el diario El Mundo lo achaca a que, a juicio de los magistrados disidentes, el magistrado no cumplía con el requisito de ser «jurista de reconocida competencia»: https://www.elmundo.es/elmundo/2013/06/11/espana/1370967248.html.

9. Rodríguez-Patrón, Patricia, «Función y utilidad. Un acercamiento distinto al problema de la politización del Tribunal Constitucional», *TRC*, n.º 49, 2022, pp. 269-29, p. 272.

10. Entre otros, advierte también sobre este peligro Cruz Villalón, Pedro en https://www.abc.es/espana/andalucia/pedro-cruz-villalon-tribunal-constitucional-enviar-mejores-20240204134431-nts.html: «Al Tribunal Constitucional hay que enviar a los mejores. Si no, empiezan las sospechas».

buir a evitar la relajación que, en este sentido, se está produciendo en estos últimos años, con el consiguiente daño para la imagen y función de la justicia constitucional. Podría haber sido —en definitiva— una buena contribución del propio Tribunal para evitar el avance de la enfermedad y la consiguiente complicación de su tratamiento.

2.2. MEDIDAS DE GARANTÍA DEL ÓPTIMO CUMPLIMIENTO DE SU FUNCIÓN.

2.2.1. Ordenación del proceso y garantía de la homogeneidad de su doctrina

No cabe duda de que una correcta ordenación del proceso que garantice una ágil y transparente resolución de los asuntos, así como la unidad de doctrina, contribuye de forma decisiva a la buena imagen del Tribunal como último intérprete de la Constitución. En ello, deben implicarse no sólo el Presidente y el Vicepresidente —siendo estos muy importantes—, sino todos los magistrados. Con la dirección del primero, como ya he dicho en otro lugar[11], podría fijarse una agenda de deliberación y votación que respete, en lo posible, el orden de entrada de los asuntos y que se verifique en unos tiempos razonables, sin jugar con los plazos, ni guardar asuntos en el cajón.

Cabría, asimismo, establecer un mecanismo de control para que no haya disparidades entre las decisiones de las secciones y las Salas y de estas frente al Pleno, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 13 LOTC o hacer posible la avocación prevista en el art. 10.1 n) LOTC, más allá de la ya existente dación de cuentas para unificación de criterio cuando hay asuntos todavía sin resolver que, en algún sentido, se encuentran relacionados (formando una «serie»). Aunque esta dación de cuentas resulta también necesaria para evitar resoluciones contradictorias, nos referimos, más bien, a alguna herramienta que permita advertir a los magistrados y al presidente de la existencia de borradores de sentencias de Sala que puedan requerir un pronunciamiento del Pleno conforme al art. 13 LOTC o de la entrada de asuntos que, por su trascendencia para el sistema constitucional y su novedad, puedan requerir la avocación al Pleno prevista en el art. 10 n) LOTC para que este siente doctrina, haciendo más fácil la labor de los miembros del TC en este sentido y evitando problemas de incongruencias en el futuro.

En este mismo sentido, convendría también establecer algún control interno en aquellos casos en los que admite porque no hay doctrina o porque aprecia la necesidad de cambiarla o aclararla. Porque ocurre que, en oca-

11. Rodríguez-Patrón, Patricia, «Función y utilidad…», ob. cit, pp. 269-29

siones, alguna de las salas admite recursos de amparo por alguno de estos motivos como causa de especial trascendencia constitucional [STC 155/2009, FJ 2, *a) y* b)] y, sin embargo, no se avoca al Pleno para que resuelva el asunto[12]. Y peor que ello resulta todavía cuando cambia o matiza de forma sustancial su doctrina sin reconocerlo expresamente, como ocurrió, por poner un ejemplo, en la STC 68/2020, de 29 de junio[13].

Los hechos que dieron lugar a este pronunciamiento fueron los siguientes: el recurrente en amparo, en su calidad de Portavoz del Grupo Parlamentario Podemos en la Asamblea Regional de Murcia, presentó la siguiente pregunta oral a contestar en el Pleno por el Presidente del Consejo de Gobierno: «*¿Puede asegurar que el Partido Popular de la Región de Murcia no se ha financiado ilegalmente mediante procedimientos semejantes a los condenados en la Sentencia de la Gürtel?*» La Mesa de la Cámara resolvió inadmitir la pregunta pues, a juicio de la mayoría de sus componentes, al referirse a la actividad de un partido político sería ajena a las competencias del Presidente. Planteada reconsideración, el órgano rector confirmó dicha solución sobre la base de lo dispuesto en el art. 44 del Reglamento de la Cámara.

Se alega en amparo que la resolución recurrida vulnera el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos según lo dispuesto en el art. 23.2 CE, en relación con el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes previsto en el art. 23.1 CE. Para sustentar las alegaciones se recurre a la doctrina constitucional en materia de admisión a trámite de iniciativas legislativas acuñada hasta ese momento (SSTC STC 11/2017; 212/2016; 208/2003; 177/2002; 203/2001; y 124/1995, entre otras). De acuerdo con ella, el control

12. Aunque no nos vamos a detener ahora en ello, hay que señalar que también ocurre a veces, como recuerda Beladíez Rojo, Margarita («El recurso de amparo y la especial trascendencia constitucional», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 25, 2017), que el Tribunal admite porque el recurso plantea «un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional» [STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2 a)] y termina, sin embargo, aplicando la doctrina establecida en casos anteriores similares, como aconteció en la STC 58/2010, de 4 de octubre. Ello pone de manifiesto que en esos casos, en realidad, no se está ante un supuesto nuevo y, de forma refleja, hace dudar del rigor con que el TC hace uso de las causas de admisión.

13. Un comentario a esta sentencia, puede encontrarse en Castillo López, Fernando, «Razonada inadmisión de una pregunta parlamentaria oral que no versaba sobre la acción de Gobierno sino sobre la del partido al que pertenecía su Presidente. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2020, de 29 de junio. Recurso de amparo núm. 4869-2018. (BOE. 207, de 31 de julio de 2020)», *Revista de las Cortes Generales*, 109, pp. 555-568. El cambio jurisprudencial que supone —de facto— esta sentencia, lo expusimos en Rodríguez-Patrón, Patricia, «Las preguntas parlamentarias en la jurisprudencia constitucional», *Revista General de Derecho Constitucional*, 34, 2021.

de admisión sólo puede ser material cuando la limitación venga expresamente establecida en la propia Constitución, las leyes que integran el bloque de la constitucionalidad o el Reglamento parlamentario concreto de aplicación. En caso contrario, la verificación ha de ser siempre formal, debiendo tenerse presente también «*el principio de interpretación más favorable a la eficacia de los derechos fundamentales, que ha sido afirmado por este Tribunal también en relación con el art. 23.2 CE* (SSTC 177/2002, FJ 3 y 40/2003, FJ 2)» (SSTC 40/2003, FJ 2 y 201/2014, FJ 3). Por tanto, «*si la legalidad aplicable no impone límite material alguno a la iniciativa, la verificación de su admisibilidad ha de ser siempre formal, cuidando únicamente de que la iniciativa cumpla con los requisitos de forma que le exige esa legalidad*» (SSTC 107/2001, FJ 3 y 201/2014, FJ 3 y doctrina en ellas citada).

Pues bien, conforme a la jurisprudencia constitucional **que** acabamos de exponer habría que concluir que en el caso analizado se vulneró el *ius in officium* del diputado recurrente, pues, según hemos visto, la Mesa inadmite la pregunta planteada por el recurrente en amparo por una razón material, cual es el hecho de que la cuestión que se planteaba en la misma era ajena a «*la acción del propio Consejo de Gobierno y de su Presidente*», sin que dicha limitación material estuviese expresamente prevista en la regulación reglamentaria de este tipo de preguntas. Sin embargo, no puede negarse que tal conclusión encierra una contradicción con la evidencia incontestable de que las preguntas son iniciativas de control de la acción del Consejo de Gobierno y de su Presidente (y así se contemplaba en el Reglamento de la Asamblea Regional de Murcia, al incluirlas dentro del Título VII, dedicado a «*los procedimientos que permiten la fiscalización e impulso del Gobierno*»), por lo que, no teniendo que ver la cuestión planteada con dicha acción, carecería de sentido su admisión a trámite, como entendió en este supuesto la mayoría de los componentes de la Mesa de la Asamblea Regional de Murcia.

Esta razón debería llevar a entender, como después declara el TC, que la decisión adoptada por el órgano rector de la Cámara legislativa murciana en este caso no lesionó, en realidad, el derecho al ejercicio del cargo público del recurrente en amparo. Pero, dado que la misma no había sido enunciada expresamente hasta el momento, se hacía necesario un pronunciamiento de fondo que, corrigiendo su doctrina en la materia y en armonía con las exigencias propias del Derecho Parlamentario, permitiera a las Mesas la inadmisión de aquellas preguntas que no tengan que ver con la acción del Gobierno respectivo, siempre que —claro está— no se hiciera un uso abusivo o arbitrario de dicha causa. Y el Tribunal parecía consciente de ello, dado que apreció la concurrencia de una «especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC), porque puede dar ocasión al Tribunal para aclarar

o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna [STC 155/2009, FJ 2, b)]».

Pues bien, curiosamente, pese a lo dicho, el TC, en vez de aclarar y matizar abiertamente su doctrina, «simula» apoyarse en ella para desestimar el amparo, dando la apariencia de que se trata de un caso de mera aplicación de la jurisprudencia anterior. Así, en su FJ 3 señala que en la STC 107/2001, referida también a acuerdos de la mesa de la Asamblea Regional de Murcia, que inadmitieron una pregunta al Consejo de Gobierno para su respuesta oral en el pleno, por entender que excedía del ámbito competencial de la comunidad autónoma, «advertimos [...] que dada la caracterización de las preguntas que los diputados regionales pueden formular al Consejo de Gobierno o a sus miembros como instrumentos de control y `al objeto de que este instrumento parlamentario no resulte desvirtuado por un uso no acomodado a su naturaleza y extraño a su finalidad ´, **es** `posible que la Mesa de la Cámara, al efectuar el juicio de admisión, pudiera rechazar aquellas preguntas, cuyo contenido, en un examen liminar, resultase o pudiera resultar manifiesta e inequívocamente ajeno a la acción del Consejo de Gobierno y de su Presidente, o, incluso, a los intereses de la Comunidad Autónoma; y ello, por determinar esa relación de ajenidad la promoción de temas o cuestiones respecto a los que pudieran plantearse dudas sobre la competencia de la Asamblea para conocer de los mismos, toda vez que la función que corresponde a esta, aquí concernida, de fiscalización del Ejecutivo, es la de "controlar la acción del Consejo de Gobierno y del Presidente" (art. 22 EARM); de modo que pudiera entenderse que no entraría en esa función de control algo inequívoca y manifiestamente ajeno a la competencia de estos´ (STC 107/2001, FJ 9)».

Aunque advierte que esa hipótesis quedó descartada en aquel supuesto, al constatarse «que la pregunta formulada por el demandante de amparo al Consejo de Gobierno para su respuesta ante el Pleno de la Cámara versaba sobre aspectos que afectaban, sin duda, a la acción política de aquel y a los intereses de la Comunidad Autónoma» (STC 107/2001, FJ 9), insiste en que hay algunas resoluciones ulteriores en las que se da por sentado que la mesa de la Cámara puede inadmitir legítimamente una pregunta dirigida al gobierno con fundamento en «la caracterización de las preguntas que los diputados autonómicos pueden formular al Consejo de Gobierno o a sus miembros como instrumentos de control o de fiscalización de la acción del Consejo de Gobierno y de su presidente» (SSTC 74/2009, FJ 3, y 33/2010, FJ 4). Asimismo, trae a colación el ATC 125/2005, de 4 de abril, que inadmitió a trámite un recurso de amparo presentado por un diputado del Congreso al que la mesa de la Cámara rechazó parcialmente una pregunta al Gobierno para su contestación por escrito, relativa a la práctica del deporte de la caza

por el ministro de Fomento, basándose precisamente en el hecho de que determinadas cuestiones de la misma versaban sobre materia ajena a la competencia del Gobierno.

El razonamiento del Tribunal que se esconde tras la apariencia, se asemeja más al de un abogado de parte que al de un órgano jurisdiccional, pues «adapta» la doctrina citada al fin perseguido (la desestimación), modificándola y seleccionando únicamente aquella parte que le sirve a tal fin. En primer lugar, porque la Sentencia 107/2001, en su FJ 9, no dice lo que el TC le hace decir. En ella simplemente se reproduce la duda planteada por el Letrado de la Asamblea Regional de Murcia y se renuncia expresamente a contestarla a la vista de las circunstancias del caso. Lo que en ella se dice en realidad, tras descartar que la causa de la inadmisión pudiera encontrar apoyo en un concreto precepto del Reglamento, es: «*[d]ada la caracterización de las preguntas que los Diputados Regionales pueden formular al Consejo de Gobierno o a sus miembros como instrumentos de control o, en los términos que utiliza el Reglamento de la Asamblea Regional, de fiscalización de la acción del Consejo de Gobierno y de su Presidente, podría quizás suscitarse, como sugiere en sus alegaciones el Letrado de la Asamblea Regional de Murcia, si al objeto de que este instrumento parlamentario no resulte desvirtuado por un uso no acomodado a su naturaleza y extraño a su finalidad, sería posible que la Mesa de la Cámara, al efectuar el juicio de admisión, pudiera rechazar aquellas preguntas, cuyo contenido, en su examen liminar, resultase o pudiera resultar manifiesta e inequívocamente ajenos a la acción del Consejo de Gobierno y de su Presidente, o, incluso, a los intereses de la Comunidad Autónoma; [...] de modo que pudiera entenderse que no entraría en esa función de control algo inequívoca y manifiestamente ajeno a la competencia de éstos*» (FJ 9).

Sin embargo, el Tribunal renuncia expresamente responder a esta cuestión[14], porque descarta previamente que la pregunta rechazada fuera ajena a la acción política del Gobierno regional.

No es por tanto doctrina del Tribunal Constitucional lo que se hace pasar como tal, ocultando la realidad de los hechos descritos en la Sentencia 107/2001 y cambiando a conveniencia el verbo en condicional por su forma en presente («*pudiera* rechazar» por «*puede* rechazar»).

14. Lo pone de manifiesto al comienzo del segundo párrafo del FJ 9 de forma meridianamente clara: «Pero sin necesidad de comprometernos en el análisis de un planteamiento tan general, ni de inquirir al efecto hipótesis en las que la Mesa de la Cámara pudiera, acaso, decidir la inadmisión de una hipotética pregunta por dicha causa […]».

A ello hay que añadir que tampoco la doctrina constitucional posterior a la STC 107/2001 servía para resolver de forma indubitada el problema que se planteaba, pues no había ofrecido una respuesta ni clara ni unívoca al mismo. Al respecto, el TC cita sólo aquellas decisiones en las que parece darse por sentado que el rechazo de la Mesa sí puede fundarse en «*la caracterización de las preguntas que los Diputados autonómicos pueden formular al Consejo de Gobierno o a sus miembros como instrumentos de control o de fiscalización de la acción del Consejo de Gobierno y de su Presidente*» (SSTC 74/2009, FJ 3 y 33/2010, FJ 4, en cuanto señalan que este fue el fundamento sobre el que descansó la decisión adoptada en la Sentencia 107/2001, aunque, como hemos visto, no lo fue). Pero, omite otras posteriores en las que, a la hora de valorar si la inadmisión por parte de la Mesa fue lícita constitucionalmente, se insistía en que la ausencia de relación de la pregunta con «*la acción del Gobierno*» no es una causa prevista en el Reglamento correspondiente, como ocurrió en la STC 1/2015, de 19 de enero, FJ 3, aunque en este caso la falta de previsión reglamentaria no fue la única causa determinante de la declaración de lesividad, sino el hecho de que la utilización de dicha causa fuera, además, irrazonable. O, en la STC 201/2014, de 15 de diciembre, en la que sí se declaran inconstitucionales determinadas decisiones de la Mesa simplemente por apoyarse en esa misma razón material, al no encontrarse expresada ni en el Estatuto de Autonomía ni en el Reglamento Parlamentario correspondiente. En concreto, respecto de un grupo de preguntas que fue inadmitido por «*no ser su objeto competencia del Gobierno de la Comunidad de Madrid*», consideró el TC dicha inadmisión lesiva del *ius in officium* de los recurrentes, al no desprenderse «*del Reglamento de la Asamblea que las preguntas parlamentarias hayan de versar exclusivamente sobre materias objeto de la competencia de la Comunidad Autónoma* (*sic*)».

Pudiera pensarse, pese a lo dicho, que la solución ofrecida por el TC es la más sencilla de las posibles para obtener un mismo resultado: la desestimación del recurso de amparo basándose en la idea de la causa de inadmisión de las preguntas al gobierno puede ser material aunque no esté prevista en el respectivo reglamento de la cámara, si la razón reside en que aquellas no tienen que ver con la acción de aquel. Pero, dejando al margen la perplejidad que suscita el hecho de que el TC admita para aclarar su doctrina y renuncie a ello al entrar a resolver, una decisión como esta plantea, además, otros problemas.

De un lado, proyecta la imagen de que el TC no utiliza con la seriedad suficiente las causas de especial trascendencia constitucional, pues sus decisiones de fondo deberían ser acordes a ellas y, de no ser así, debería motivarse porqué. De otro lado, al no haber aclarado la doctrina previa en la materia, la decisión se convierte en una más a componer el variado elenco

de decisiones que han afrontado problemas similares, de forma que la otra Sala del Tribunal o esa misma andando el tiempo podría terminar resolviendo un asunto idéntico sobre la base de los pronunciamientos que se aferran a la idea de que la inadmisión de preguntas sólo puede sostenerse en razones materiales si estas están previstas expresamente en el reglamento de la cámara respectiva, ya que dicha doctrina que no se ha visto corregida en la STC 68/2020. Por lo dicho, nos parece que, en situaciones como esta, la Sala debe someter el asunto a la consideración del Pleno para que sea este el que clarifique abiertamente la doctrina previa de las Salas y siente una nueva para una homogénea aplicación de la misma en el futuro.

Ello podría servir, en primer lugar, para que no se reiterasen por esta vía peticiones de amparo como la contenida en la sentencia comentada, que se sostendrían legítimamente sobre la base de la doctrina constitucional no desautorizada por el TC, de la que se desprende la imposibilidad de que la Mesa inadmita una pregunta por no tener relación con la acción del Gobierno, pese a ser ello contrario a la lógica propia de estos instrumentos de control. Y, lo que en nuestra opinión resulta mucho más importante, sería más acorde con las exigencias derivadas del principio de igualdad que, como es de sobra conocido, no impide los cambios o matizaciones de criterio jurisprudencial, pero exige que se exteriorice la motivación que los sostiene. Ello tendría su reflejo, de un lado, respecto a los recurrentes en amparo, pues recibirían una respuesta adecuada de por qué en su caso no ha de apreciarse la existencia de una lesión de su derecho a ejercer el cargo público, pese a que sus alegaciones puedan encajar sin dificultad en las exigencias de la doctrina constitucional existente. Y, de otro, respecto a los futuros demandantes de amparo, al sentar con carácter general las razones por las cuales una petición de amparo como la que se presentaba en este caso sería desestimada. Al no haberse pronunciado el Pleno acerca de cuál ha de ser la doctrina aplicable, la respuesta a otros casos similares en el futuro variará inevitablemente en función de cuál sea la posición jurisprudencial que adopte la Sala de turno, con el consiguiente daño a los principios de igualdad y de seguridad jurídica.

Cabe preguntarse ahora qué papel representa en todo esto la autonomía del Tribunal. Pues bien, me parece que puede poner sus muchos recursos materiales y humanos al servicio de la unificación de doctrina, de modo que pueda crearse un grupo de apoyo a las Secciones, las Salas y el Pleno —quizá con la colaboración del servicio de doctrina, ya existente— que haga un seguimiento de inicio a fin de aquellos supuestos que requieran de una creación, modificación o clarificación de doctrina, colaborando para evitar las contradicciones entre las resoluciones adoptadas por todos ellos y contribuyendo, así, al cumplimiento del derecho de igualdad de los recurrentes

y, más extensamente, a la seguridad jurídica, pues no otra cosa —nos parece— se encuentra en la base de lo dispuesto en el art. 13 LOTC. Ese mismo grupo de apoyo podría velar por la corrección de las citas de jurisprudencia anterior que se incluyen en sentencias, autos y votos particulares, pues no es infrecuente que tales citas sean erróneas o no sirvan, en realidad, como apoyo de lo argumentado en la resolución o en los votos[15]. En esta misma línea tampoco sobrarían mecanismos de puesta en común entre magistrados (y sus asistentes) previos a la deliberación, al modo en que, al parecer, lo hacía Holmes, el juez de la Corte Suprema norteamericana, quien circulaba sus borradores entre los demás jueces y sus asistentes con suficiente antelación para que le hicieran llegar sus sugerencias, de forma que estas pudieran ser incorporadas o, al menos, valoradas antes de su discusión por el Tribunal.

En este sentido, los trabajos de los profesores Zicchittu y Panzera que se incluyen en esta misma obra nos sirven de recordatorio: la independencia de los tribunales constitucionales se juega en muchos casos en el modo de decidir, de forma que el respeto al procedimiento puede convertirse en una garantía de aquella. Y, hablando de respeto, a la vista de la extensión y el tono que han adquirido en los últimos tiempos los votos particulares, quizá convendría también a la imagen del TC como órgano no político dictar alguna normativa interna al respecto, aunque no puede descartarse como posible solución proceder a suprimirlos, como sugiere del profesor Biagi en otro de los artículos incluidos en este volumen y valorar su sustitución por la mera publicación del resultado de las votaciones.

2.2.2. Trasparencia

Otro ámbito en el que nos parece que el Tribunal debería emplear su autonomía es en el de la trasparencia que, más allá de su actividad administrativa e institucional o protocolaria, ha de alcanzar a su actividad jurisdiccional. Como ha señalado Villaverde, la trasparencia es valiosa para el ejercicio de determinados derechos constitucionales y la materialización del principio democrático y del Estado de derecho[16]. En el caso del Tribunal

15. A este respecto, véase el ejemplo al que nos referimos en Rodríguez-Patrón, Patricia, «El auto el Auto del Tribunal constitucional 177/2022, de 19 de diciembre (y sus votos particulares), a la luz de la decisión del tribunal constitucional federal alemán de 5 de julio de 2023», *REDC* núm. 128, pp. 317 y ss.

16. Villaverde, Ignacio, «El marco constitucional de la transparencia», *REDC* 116, pp. 167-191, p. 173. Particularmente interesante, aunque no tenemos espacio aquí para abordarla, es la diferenciación introducida por la dogmática alemana entre *Transparenz* y *Öffentlichkeit*, a la que se refiere el autor en la nota 6 de su trabajo y a la que nos remitimos.

Constitucional, puede decirse sin lugar a dudas que es valiosa para la realización del derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes, así como de la seguridad jurídica. Las memorias anuales aportan una información importante, pero más para el estudioso del Derecho que para los recurrentes, que requieren de información puntual acerca del estado de tramitación de sus asuntos. Por ello, ha de valorarse positivamente el hecho de que de un tiempo a esta parte se hayan empezado a publicar los órdenes del día en la web del Tribunal, aunque no lo consideramos suficiente. Así, convendría también que se fijase una agenda de deliberación y votación que respete, en lo posible, el orden de entrada de los asuntos y que se verifique en unos tiempos razonables. Podrían incluso fijarse por reglamento los criterios que determinen el orden de resolución de los asuntos y establecerse la obligación de motivar en caso de que, por alguna razón de peso, fuera necesario cambiarlos para un caso específico.

No nos parece oportuno, en cambio, que se utilicen las notas de prensa para informar sobre la deliberación de asuntos concretos, como ocurrió con la N.º 59/2024, de 10 de junio. En ella se anunciaba que «El Pleno del Tribunal Constitucional comenzará a deliberar la próxima semana los recursos de amparo de los ERES de Andalucía». Se señala que se ha dedicado un año y medio a su estudio y se expone básicamente en qué consisten: se impugnan las sentencias de la denominada «pieza específica» que —se explica— «tiene por objeto enjuiciar a quienes, desde su posición institucional, promovieron el sistema de presupuestación del que traen causa las ayudas sociolaborales que, durante los años 2000 a 2009, estuvo vigente en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Una parte de los responsables fueron condenados por un delito de prevaricación, algunos de ellos en concurso medial con un delito de malversación de caudales públicos». Se seña —además— que la admisión se produjo al considerar el TC que los asuntos presentaban una especial trascendencia constitucional por plantear un problema constitucional que incide en derechos fundamentales sobre los que no hay doctrina constitucional [STC 155/2009, FJ 2 a)] y porque suscitan una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social y tiene unas consecuencias políticas generales [STC 155/2009, FJ 2 g)]. Se anuncia, asimismo, que en el orden del día del 18 de junio de 2024 estaban incluidos los recursos interpuestos por Magdalena Álvarez Arza y José Antonio Viera Chacón.

Sin dejar de reconocer que los amparos en cuestión tienen una clara repercusión mediática, desde el punto de vista de una buena Administración de justicia el anuncio en cuestión no puede verse con buenos ojos, pues desde el momento en que todos los recursos de amparo deben presentar algún tipo de especial trascendencia constitucional, no puede justificarse de ningún modo el trato claramente desigual que se otorga a unos determina-

dos recurrentes. Nos parece que no es esta la manera en la que el Tribunal debe abrirse a los operadores jurídicos y a la sociedad, pues pone de manifiesto su predilección por los asuntos con una marcada bis política, lo que incide en su imagen de politización, aparte de comportar un agravio comparativo difícil de justificar, dada la ausencia total de información disponible para los demás recurrentes de amparo.

Lo que parece claro es que un avance en trasparencia sería muy bien recibido por la comunidad jurídica, en particular, por las partes en los procesos constitucionales y otros interesados, que en ocasiones ven demorarse la resolución de los recursos sin que se les ofrezca ninguna clave que les permita hacerse una idea sobre el tiempo que habrán de esperar para obtener una resolución. La demanda de información a este respecto, aunque sin éxito, se ha hecho valer en ocasiones a través del modelo de solicitud de acceso a la información pública de la página web del Tribunal Constitucional, Así, por ejemplo, en fecha 25 de enero de 2024, se solicitó información sobre la fecha de deliberación del recurso de inconstitucionalidad núm. 3955-2022, interpuesto por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, contra la Ley del Parlamento de Cataluña 1/2022, de 3 de marzo, de modificación de la Ley 18/2007, la Ley 24/2015 y la Ley 4/2016, para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda. En esa solicitud se pedía, además, conocer el criterio del orden de deliberación de los recursos, aduciendo el solicitante «necesitar conocer la sentencia porque afecta a su actividad empresarial». El Secretario General Adjunto del Tribunal, contestó a la solicitud con la misma resolución estereotipada con que se suele responder a este tipo de cuestiones:

«1. El artículo 2.1.f) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno establece que las disposiciones del Título I de esta Ley (que incluyen tanto la llamada "publicidad activa" como el derecho de acceso a la información pública) se aplican al Tribunal Constitucional "en relación con sus actividades sujetas a Derecho Administrativo". *A sensu contrario* (*sic)*, tales disposiciones no resultan aplicables al Tribunal Constitucional en relación con su función jurisdiccional [arts. 53.2, 153.a) y 161 a 165 CE], por lo que el derecho de acceso a la información pública, en los términos previstos por el artículo 105.b) CE, desarrollado por la citada Ley 19/2013, no se extiende a la información sobre los procesos constitucionales tramitados ante este Tribunal como intérprete supremo de la Constitución (art. 1 LOTC) en el ejercicio de aquella función.

[...]

2. El acceso a los documentos y actuaciones obrantes en los procesos constitucionales tramitados ante este Tribunal se rige por lo previsto en la

Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), bajo la competencia de los Secretarios de Justicia al servicio del Tribunal Constitucional, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 80 y 101 LOTC y 30 y 31 del Reglamento de Organización y Personal de 5 de junio de 1990 (ROP). Procede, en consecuencia, remitir la solicitud de información interesada a la Secretaría del Registro General del Tribunal Constitucional, a fin de que proceda a darle la tramitación procedente a la misma.

Por cuanto antecede, esta Secretaría General RESUELVE Remitir a la Secretaría del Registro General del Tribunal Constitucional la solicitud de información formulada por xxxxxx.

Frente a la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 99.3 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, podrá interponerse recurso de alzada ante el Presidente del Tribunal Constitucional, cuya decisión agotará la vía administrativa, en el plazo de un mes, a contar desde el día siguiente de su notificación» [17].

Igual respuesta recibe el solicitante en las Resoluciones de la Secretaría General del Tribunal Constitucional de 11 de marzo de 2024 en relación con la solicitud de información formulada sobre la fecha de resolución del recurso de inconstitucionalidad núm. 1798-2021 interpuesto por diputados del grupo parlamentario Popular en el Congreso, contra Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, asunto del que conoce el Pleno del Tribunal en el ejercicio de su función jurisdiccional (arts. 161 CE y 27 y ss. LOTC); de 20 de febrero de 2024, que resuelve una solicitud de información sobre la fecha de deliberación de la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6694-2023 promovida respecto del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, asunto del que conocía el Pleno del Tribunal; de 20 de febrero de 2024, en relación con la solicitud de información formulada sobre la fecha de deliberación de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley 11/2020, de 30

17. Resolución de 6 de febrero de 2024 de la Secretaría General del Tribunal Constitucional. En otra resolución de la misma fecha, el Secretario General Adjunto accede en cambio a la solicitud de información, que se le adjunta en un archivo. Pero en este caso, el solicitante pedía únicamente que se le informara sobre los recursos de inconstitucionalidad admitidos a trámite y pendientes de resolución. También se accedió —en la Resolución de 9 de abril de 2024 de la Secretaría General del Tribunal Constitucional— a la solicitud de información formulada por la Fundación Hay Derecho sobre el tiempo medio de resolución de los procesos constitucionales durante los años 2022 y 2023. Todas estas resoluciones pueden consultarse en: https://www.tribunalconstitucional.es/es/transparencia/informacion-publica/Paginas/03_Resoluciones%20dictadas.aspx?fc=ResolucionDictadaAnnoExpediente&fn=2024.

de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, de los que conocía el Pleno.

Particularmente evidente es la exigencia de trasparencia en las decisiones de inadmisión de los recursos de amparo que, a día de hoy, resultan absolutamente opacas para los recurrentes y, en general, para los operadores jurídicos [18].

La Ley Orgánica 6/2007, de modificación de la LOTC permitió que dejaran de motivarse las providencias de inadmisión, cosa que ha venido haciendo el Tribunal desde entonces. Esto supone que en los casos en que la causa de inadmisión no es formal, sino material (por falta de especial trascendencia constitucional, insuficiente justificación de esta o falta de lesión), las razones de la inadmisión quedan ocultas a los recurrentes presentes y futuros, de manera que no es posible conocer «si es fruto de la aplicación del Derecho o de la arbitrariedad» [en palabras de la STC 87/2022, de 28 de junio, FJ 4 B), referida a las resoluciones judiciales que adolecen de falta de motivación] [19].

Esto no sólo ha sido denunciado por la doctrina [entre otros muchos, Urías, Joaquín, «Seleccionar lo (menos) importante...»], sino que en la práctica aparece como un problema real de recurrentes y otros interesados, como se demuestra también en distintas solicitudes de información cursa-

18. Así lo ponen de manifiesto también, entre otros muchos, Fernández, Tomás Ramón («El recurso de amparo constitucional y el recurso de casación contencioso-administrativo: la atracción fatal del *certiorari* norteamericano», Revista de Administración Pública, núm. 223, 2024, pp. 141-168) y Fernández Farreres, Germán («El recurso de amparo constitucional: una propuesta de reforma», documento de trabajo 58/2004 de la Fundación Alternativa, 2005, disponible en: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://fundacionalternativas.org/wp-content/uploads/2022/07/xmlimport-Vzq5WK.pdf., p. 36); Urías, Joaquín [«Seleccionar lo (menos) importante: Nota sobre la construcción por el Tribunal Constitucional de un nuevo régimen de admisibilidad del recurso de amparo, y sus paradojas», en José María Morales (Dir.), *Recurso de amparo, derechos fundamentales y trascendencia constitucional. El camino hacia la objetivación del amparo constitucional en España*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pp. 73-94, p. 93)], pese a que otros autores como Beladíez Rojo, Margarita («El recurso de amparo…») entienden que la admisión del amparo sigue siendo reglada tras la reforma de la LOTC de 2007.

19. En este sentido, Urías Martínez, Joaquín [«Seleccionar lo (menos) importante…», ob. cit. pp. 73-94], para quien «[l]a falta de transparencia sobre los asuntos en los que se considera que no hay trascendencia constitucional no solamente introduce un elemento de arbitrariedad en la acción del Tribunal Constitucional, sino que es en sí misma inconstitucional». En contra de esta opinión se manifiesta Beladíez Rojo, Margarita («El recurso de amparo…»): «una cosa es que la publicidad pueda evitar decisiones arbitrarias y otra muy distinta que sea arbitrario no dar publicidad al contenido de sus resoluciones».

das por particulares a través del modelo de acceso a la información pública de la página web del Tribunal Constitucional. Así, por ejemplo, la que dio lugar a la Resolución de 3 de abril de 2024 de la Secretaría General del Tribunal Constitucional, que resolvía la solicitud de información formulada sobre el recurso de amparo núm. 5580-2022. En concreto, el particular solicitó si, como parte interesada, podía tener acceso a la resolución de inadmisión dictada en dicho recurso[20]. La resolución firmada por el Secretario General adjunto del TC, contesta en los términos ya vistos en los casos anteriores respecto a otro tipo de procesos constitucionales.

La misma respuesta se obtuvo nuevamente por el solicitante de información «sobre por qué no se ha admitido a trámite el recurso de amparo núm. 2919-2023», mediante Resolución de 30 de mayo de 2024 de la Secretaría General del Tribunal Constitucional. O en la Resolución de 19 de marzo de 2024 de la Secretaría General del Tribunal Constitucional en relación con la solicitud de información formulada por un particular sobre si se había admitido a trámite el recurso de amparo núm. 7024-2023, del que conocía la Sala Primera del Tribunal, promovido contra la Sentencia y el Auto de la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Alicante en recurso de apelación 580/22 interpuesto en el juicio verbal 676-2021 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de San Vicente del Raspeig sobre deslinde y amojonamiento.

La necesidad de información acerca de los elementos que dan lugar a la inadmisión de los recursos de amparo se pone una vez más de manifiesto en el caso que subyace al ATC 8/2024, de 5 de febrero, en el que el demandante termina solicitando el informe o informes de los Letrados en los que se basó la inadmisión de su recurso de amparo. Los hechos que dan lugar al citado auto, por lo que aquí interesa, se resumen básicamente como sigue: la recurrente vio inadmitido su recurso de amparo por providencia de 4 de julio de 2023 de la Sección Cuarta del TC, al «no apreciar en el mismo la especial trascendencia constitucional que, como condición para su admisión, requiere el art. 50.1 b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) (STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2)».

Su representación procesal registra en la sede del Tribunal tres días después un nuevo escrito, en el que, haciendo notar que la providencia de 4 de julio de 2023 está firmada por tres magistrados interesa, al amparo de lo previsto en el art. 203.1 LOPJ, en relación con el art. 453.2 LOPJ, que se expida certificación expresiva de la identidad del ponente del proceso «y

20. La resolución puede consultarse en: https://www.tribunalconstitucional.es/es/transparencia/informacion-publica/Paginas/03_Resoluciones%20dictadas.aspx?fc=ResolucionDictadaAnnoExpediente&fn=2024.

autor de la propuesta de inadmisión», información «que debe hacerse constar ya en la primera resolución que se dicte a tenor del [art.] 203.1 LOPJ». En contestación a dicho escrito, se dicta por la Secretaría de Justicia correspondiente diligencia de ordenación de 10 de julio de 2023, en la que se participa al procurador que «los datos del procedimiento pueden ser consultados a través de la sede electrónica del registro telemático del Tribunal Constitucional».

Frente a esta resolución se opone recurso de reposición, alegándose la vulneración del derecho de acceso a la identificación del ponente del recurso de amparo deducido del art. 203.1 LOPJ, en la medida en que la diligencia remite a la sede electrónica, donde no figura la identificación del ponente y donde no puede acceder el abogado, sino exclusivamente el procurador. Se denuncia que el diseño de la sede electrónica tiene fallos que comprometen el principio de racionalidad de la propia institución y solicita la reposición de la diligencia de ordenación y la identificación del magistrado ponente de la providencia. Añade el escrito que este magistrado o magistrada «hace afirmaciones de inadmisión del amparo contrarias a la evidencia y tiene dicho el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que los jueces no pueden quedar fuera de la responsabilidad patrimonial de la Administración por lo que el Tribunal Constitucional es susceptible de ser demandado por "anormal funcionamiento" o "dolo o culpa grave" ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo si se da cumplimiento a la jurisprudencia vinculante del Tribunal de Justicia de la Unión Europea». Mediante otrosí, el escrito interesa asimismo el informe efectuado por el letrado a cargo del recurso de amparo, así como su identificación al amparo de lo previsto en el art. 53.1 b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, que establece la obligación de «identificar a las autoridades y al personal al servicio de las administraciones públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos», por cuanto, en palabras del escrito «el Tribunal Constitucional también es "administración del Estado" susceptible de ser demandada ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, órgano de control supremo de la faceta gubernativa del Estado».

El recurso es resuelto por la Sección Cuarta del Tribunal, mediante Acuerdo de 5 de septiembre de 2023, en el que, confundiendo su objeto, se decide «estar a lo acordado» en la providencia de 4 de julio de 2023, por la que se inadmitió el recurso de amparo. A la vista de la respuesta ofrecida por el TC, por nuevo escrito de 13 de septiembre de 2023, se interpone recurso de aclaración al entender que esta es incongruente y viola el procedimiento legalmente establecido, por lo que se considera un error que debe ser subsanado, proveyéndose el recurso de reposición interpuesto.

La Sección Cuarta tiene por pertinente la aclaración y procede a dar contestación al escrito mediante el que se impugna la diligencia de ordenación del secretario de justicia de la Sección Cuarta del Tribunal Constitucional fechada el 10 de julio de 2023, pues considera que la citada resolución de 5 de septiembre de 2023 no da respuesta adecuada a la petición contenida en el llamado «recurso de reposición» frente a la diligencia de ordenación. Aunque entiende de acuerdo con su doctrina previa que no procedía el recurso de reposición, ello no le impide abordar la pretensión que se formula en dicho recurso como «una petición de revisión por este tribunal de lo acordado por el secretario de justicia de la Sección pues, en último término, cualquiera que sea la denominación o veste otorgada al escrito presentado hay que atender, siguiendo un criterio antiformalista, a lo que en el mismo se interesa, que no es sino una revisión de lo acordado en la diligencia de ordenación, para que sea dejada sin efecto».

Sentado lo anterior, la Sección comienza el examen del recurso en lo referente a la solicitud del nombre del ponente del recurso de amparo. Señala al respecto que su composición es pública desde la inserción del acuerdo en el «BOE», de 19 de enero de 2023: está presidida por D.ª María Luisa Balaguer Callejón, e integrada además por don Ramón Sáez Valcárcel y don Enrique Arnaldo Alcubilla. Con cita del art. 3 del Según el acuerdo de 17 de enero de 2023, del Pleno del Tribunal Constitucional, por el que se dispone la composición de las Salas y Secciones y las normas de reparto aprobadas por el Pleno, desvela que le corresponde la ponencia del recurso de amparo al magistrado señor Sáez Valcárcel. Advierte que esas normas se deducen (pero, en realidad, para el propio Tribunal, no para los recurrentes) de la lectura conjunta de los acuerdos del Pleno del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1980 (sobre la resolución de normas para designación de magistrados ponentes) y de 13 de julio de 1981 (sobre reparto de asuntos entre las salas). En ellos se establece que los recursos de amparo se reparten alternativamente entre ambas salas, y dentro de estas por turno sucesivo entre los componentes de cada una de las dos secciones que las integran, siguiendo el orden de antigüedad y, en caso de igual antigüedad, comenzando por el magistrado de menor edad. Pero —continua— sin perjuicio de dicha atribución, del art. 50 LOTC se deriva claramente que la decisión sobre la admisión o inadmisión a trámite es total y absolutamente colegiada.

En lo que hace a la solicitud del informe del letrado o letrada informante en el trámite de admisibilidad del recurso de amparo, señala que de acuerdo con el art. 44.2 del acuerdo de 5 de julio de 1990, del Pleno del Tribunal Constitucional, por el que se aprueba el Reglamento de organización y personal del Tribunal Constitucional, los informes que realizan los letrados y

letradas del Tribunal en el marco de los procesos constitucionales son ajenos a la documentación jurisdiccional y, por esa razón, quedan fuera de las actuaciones jurisdiccionales a que pueden tener acceso las partes en el procedimiento constitucional. Al tratarse de informes de uso estrictamente interno a la labor del Tribunal, tampoco son documentación accesible en aplicación de lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (Ley de transparencia), ya que quedarían dentro de las previsiones del art. 18 de dicha disposición legal, concerniente a las causas de inadmisión. Este precepto, en su apartado 1 b) establece que se inadmitirán a trámite, mediante resolución motivada, las solicitudes «referidas a información que tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas». En consecuencia, rechaza la solicitud de entrega del informe del letrado o letrada informante en el trámite de admisibilidad del recurso de amparo.

Este caso ejemplifica de forma clara la búsqueda de los recurrentes de las razones de la inadmisión, cuando estas son de fondo, como la insuficiente justificación o la falta de especial trascendencia constitucional, o la ausencia de lesión de un derecho susceptible de ser protegido en amparo[21]. Y en realidad, aunque de acuerdo con la ley las providencias de inadmisión no tienen por qué ser motivadas, nada impediría que lo fueran (de hecho, en algunos casos lo son), por lo que solventar esta falta de trasparencia en aras de una mayor seguridad jurídica no está en manos de nadie más que del propio Tribunal, que puede decidir motivarlas en esos casos.

3. REFLEXIONES FINALES

En este trabajo hemos perseguido el limitado objeto de poner de manifiesto, mediante algunos ejemplos concretos, que el propio Tribunal encuentra en su autonomía como órgano constitucional y tribunal un valioso instrumento para garantizar el cumplimiento de su función de acuerdo con las previsiones constitucionales y velar así también por la independencia que necesariamente requiere esta.

21. Una problemática específica en la que ahora no podemos detenernos plantea la inadmisión por insuficiente justificación de la concurrencia en el recurso de una especial trascendencia constitucional. La utilización de esta causa por el Tribunal no resulta comprensible en muchos casos en los que la demanda sí contiene una argumentación específica y razonable para el cumplimiento de este requisito y separada de la mera fundamentación de fondo. Además, a diferencia de lo que ocurre cuando se aprecia únicamente la ausencia de especial trascendencia constitucional, la respuesta del TC en estos casos parece acusar de impericia al letrado actuante, lo que le puede generar injustamente serios problemas con su representado.

En esta ocasión, nos hemos referido únicamente a ciertos supuestos que tienen que ver con la defensa tanto de su posición, como de su función institucional. Pero hay muchos más y ponerlos de manifiesto requerirá sin duda de un estudio detenido del comportamiento del órgano, enriquecido con el análisis desde distintas perspectivas: la interna desde el propio Tribunal, la de los abogados que litigan frente a él y, sin duda también, la de los teóricos del derecho.

Esperamos que esta humilde contribución a dicho estudio sirva de aliciente para que otros continúen este trabajo, siempre con el objetivo de contribuir a una justicia constitucional más acorde a las exigencias del Estado de derecho y a nuestra propia Constitución.

ESTUDIOS

La obra presente es una referencia obligada para los estudiosos de la justicia constitucional, en particular, del Tribunal Constitucional español y la Corte Constitucional italiana. Desde la centralidad de la Justicia Constitucional en el sistema democrático, el libro aborda sus límites y desafíos, desde la comprensión de su función, a los problemas de la composición y perfil de los magistrados —selección e idoneidad—, las instituciones de la abstención y recusación o también las posibles reformas no solo regulatorias sino aplicativas de los procesos de selección de magistrados. Por otra parte, se estudian los problemas que surgen conectados con los procesos, la autonomía como garantía de independencia, la organización interna, los modos de resolver y presentar las discrepancias en el seno de los tribunales (votos particulares) o los límites de la interpretación constitucional, con especial referencia a los casos políticamente controvertidos. Estas y otras cuestiones se abordan en un marco especialmente complejo y tensionado para la Justicia constitucional, que no puede escapar al contexto social y político de polarización presente, de populismo y corrientes iliberales que están poniendo en riesgo las Democracias constitucionales.

El precio de esta obra incluye la publicación en formato DÚO sin coste adicional (papel + libro electrónico)

ACCEDE A LA VERSIÓN ELECTRÓNICA SIGUIENDO LAS INDICACIONES DEL INTERIOR DEL LIBRO

ISBN: 978-84-1078-306-5