

Reformas legislativas del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional y erosión democrática en España

di Josep Maria Castellà Andreu

Abstract: *Legislative reforms of the General Council of Judiciary and of the Constitutional Tribunal and constitutional decay in Spain* – The article lays down the foundations of the appointment mechanisms for the General Council of Judiciary and the Constitutional Tribunal in Spain, highlighting the deadlock engendered in the last months by the refusal of the parliamentary minority to strike a compromise concerning the election of the members of the General Council of Judiciary. The legislative attempts to remedy the parliamentary impasse are discussed against the backdrop of the decisions in this regard handed down by the Constitutional Tribunal, highlighting the detrimental consequences of these constitutional conflicts over the rule of law.

Keywords: Spanish Constitutional Tribunal; Appointment of judges; Rule of law; Separation of powers.

2259

1. – Uno de los efectos más nocivos del actual populismo sobre nuestros Estados constitucionales es la erosión de la democracia. La denominada democracia iliberal se propone como modelo alternativo a la democracia constitucional o liberal. Ginsburg y Huq explican qué supone tal erosión o degradación (*decay*), distinto del fracaso o desmoronamiento democrático (*collapse*) de otras latitudes¹. Se identifica con su carácter gradual y limitado, mientras el Estado constitucional mantiene en pie sus instituciones fundamentales (sin que se suprima el Tribunal Constitucional ni el Consejo del Poder Judicial) y la democracia, eso sí, reducida a la elección de los gobernantes y gobierno de la mayoría. Por ello la erosión siempre es más difícil de detectar que el desmoronamiento de la democracia, sobre todo en sus fases iniciales. Y si es difícil detectar la gravedad de tales reformas normativas, aún cuesta más reaccionar ante ellas, por parte de las mismas instituciones de garantía, la opinión pública nacional y los organismos europeos. También de la academia. Por esto hay que estar atentos a cada una

¹ Tom Ginsburg & Aziz Z., *How to save a constitutional democracy*, Chicago-Londres, 2018.

de las reformas y ser capaces de valorar cómo afectan en su conjunto a la degradación del Estado de Derecho y la democracia.

El caso español ilustra cómo democracias occidentales desarrolladas no están a salvo de dicha erosión democrática e institucional². En los últimos años se han planteado reformas legislativas, algunas aprobadas, otras en trámite cuando se escriben estas líneas, y otras abandonadas (al menos por ahora). Todas ellas han tenido por objeto, primero, al Consejo General del Poder Judicial y, después, al Tribunal Constitucional. Además, su tramitación parlamentaria ha tenido incidencia en las relaciones entre mayoría y oposición en las Cortes Generales. Cuando las reformas han afectado al Supremo intérprete de la Constitución han saltado las alarmas en amplios sectores de la opinión pública y de la doctrina constitucionalista porque, de aprobarse definitivamente, supondrán un paso relevante en la erosión del Estado constitucional mismo. Conviene repasar las distintas reformas propuestas desde 2020 hasta la fecha, el procedimiento legislativo empleado para su aprobación y su incidencia sobre los derechos fundamentales de las minorías parlamentarias, así como las razones alegadas para proceder con tales reformas y las reacciones institucionales que se han empezado a producir para hacerles frente tanto internas como en el ámbito europeo.

2260

2. – Una breve cronología de las iniciativas legislativas emprendidas por los grupos parlamentarios de la mayoría (PSOE y Unidas Podemos) debe comenzar con la reforma de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial a través de una proposición de ley orgánica presentada el 13 de octubre de 2020 por los grupos parlamentarios de los partidos en el gobierno³. Dicha iniciativa parlamentaria tenía un triple contenido: 1) la reducción de la mayoría requerida para la elección de los doce jueces del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) de tres quintos a mayoría absoluta, en la segunda votación y en caso de no obtener la mayoría cualificada en la primera; 2) la disminución de las funciones del CGPJ a funciones de mera administración cuando haya expirado su mandato de cinco años y mientras no sea elegido el nuevo, y 3) la posibilidad de constituir el nuevo CGPJ cuando solo una de las cámaras parlamentarias haya elegido a los diez vocales que le corresponden y sin esperar a que la otra lo haga. Ante las protestas provenientes de la Comisión Europea, se decidió renunciar a la primera y a la tercera

² En el Discurso del 24 de diciembre de 2022 (el más importante del año) el Rey de España Felipe VI alertó de ello con fuerza inusitada: “Las democracias en el mundo están expuestas a muchos riesgos que no son nuevos; pero cuando hoy en día los sufren, adquieren una particular intensidad. Y España no es una excepción. Pero hay tres sobre los que quiero detenerme porque me parecen muy importantes: la división es uno de ellos. El deterioro de la convivencia es otro; la erosión de las instituciones es el tercero.” [Inicio - Actividades y Agenda - Mensaje de Navidad de Su Majestad el Rey 2022 \(casareal.es\)](https://www.casareal.es/inicio-actividades-y-agenda-mensaje-de-navidad-de-su-majestad-el-rey-2022)

³ issuu.com/prisarevistas/docs/view.pdf

propuestas. En cambio, siguió adelante la segunda. Los objetivos de la iniciativa parlamentaria citada, tal y como se puede leer en la Exposición de motivos combinan razones de fondo con coyunturales, son: 1) adecuar la elección de los vocales del turno judicial del CGPJ al pluralismo existente en la sociedad y en el Poder Judicial y 2) el desbloqueo del nombramiento de los vocales del CGPJ, que desde diciembre de 2018 habían finalizado su mandato. Según los partidos del gobierno, el PP estaba –y está aún– bloqueando la renovación del CGPJ porque iba a perder su posición mayoritaria en el Consejo. El PP se negaba a que Podemos interviniera en las negociaciones por estimar que erosiona las instituciones.

Dicha iniciativa dio lugar a la reforma de la LOPJ de 2021 (art. 570 bis, LO 4/2021, de 29 de marzo) por la que se reducen las funciones relevantes del CGPJ al finalizar su mandato y mientras el Consejo sigue en funciones, aplicando la lógica del “gobierno en funciones” (prevista por el art. 21 de la Ley 50/1997, del Gobierno). Pero esto resulta inadecuado en el contexto del gobierno del Poder Judicial ya que dificulta su funcionamiento efectivo, así como la calidad de la justicia⁴. Con la reforma, el CGPJ no puede nombrar a los dos magistrados del Tribunal Constitucional que le corresponden (art. 159 CE), al presidente y los magistrados del Tribunal Supremo y a los presidentes otros de tribunales inferiores (los Tribunales superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, las audiencias y la Audiencia Nacional). De este modo, la mayoría de gobierno pretendía presionar al PP para que se aviniera a negociar la renovación del Consejo. Sin embargo, hay una discordancia entre los pretendidos presionados (PP) y los que reciben las consecuencias de la norma: el Consejo y la administración de justicia en general. Poco más de un año más tarde, otra reforma de la LOPJ (LO 8/2022, de 29 de julio) repone al CGPJ la facultad de elegir a los dos magistrados del Tribunal Constitucional, permaneciendo vedado el nombramiento de los magistrados del Tribunal Supremo y presidentes de los demás órganos judiciales inferiores. Ambas reformas fueron impugnadas mediante dos recursos de inconstitucionalidad por los diputados del PP y de Vox, pero el Tribunal Constitucional no ha fallado aún sobre su constitucionalidad. ¿Qué

⁴ La gravedad de la situación queda reflejada en los datos del propio Tribunal Supremo de octubre de 2021 y las previsiones para 2022, de los que se hace eco el Informe sobre el Estado de Derecho en España de la Comisión Europea de 2022, supera el 20% de plazas vacantes de magistrados del Tribunal Supremo y se habían dictado en octubre de 2021 menos de 1000 sentencias por tales ausencias, lo que “disminuye la eficacia de la justicia”, ver Rule of Law Report Country Chapter on the rule of law situation in Spain, SWD(2022) 509 final, p. 4.

commission.europa.eu/system/files/2022-07/23_1_194017_coun_chap_spain_en.pdf

Ver igualmente los objetivos mencionados en las conclusiones generales de la International round table on “Shaping judicial councils to meet contemporary challenges”, organizadas por la Comisión de Venecia, la Università La Sapienza y la Universidad de Barcelona en Roma los días 21 y 22 de marzo de 2022, CDL-PI(2022)005.

[www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-PI\(2022\)005-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-PI(2022)005-e)

había sucedido mientras tanto que justificase este nuevo cambio legislativo, contradictorio e incoherente con el aprobado en 2021?

3. – En ese momento entra en escena el Tribunal Constitucional. En junio de 2022 tocaba la renovación de un tercio de miembros del Alto Tribunal: dos magistrados a elegir por el CGPJ y otros dos por el Gobierno (art. 159 CE). Un Consejo dividido no se ponía de acuerdo en los dos magistrados a elegir sin que ningún candidato pudiera alcanzar los tres quintos que la LOPJ establece para su elección, trasladando lo dispuesto en la Constitución respecto al quorum necesario para la elección por el Congreso y el Senado (art. 122 CE), a los dos magistrados elegidos por el CGPJ (art. 599.1.1 LOPJ). Y como la Constitución establece la renovación del Tribunal “por tercios” cada tres años (art. 159 CE), los dos magistrados propuestos por el gobierno no podrían tomar posesión hasta que el CGPJ nombrara a los dos que le corresponden. El gobierno mostraba un especial interés en la renovación porque con ella se iba a alterar la mayoría “conservadora” del Alto Tribunal por otra “progresista” (los dos anteriores magistrados nombrados a propuesta del gobierno, lo fueron hace nueve años por el gobierno Rajoy). Ante ello la mayoría de gobierno decide plantear, primero, la contrarreforma de la LOPJ de julio de 2022 citada para que el CGPJ pueda elegir a los dos magistrados constitucionales que le corresponden y, ante el fracaso de esta opción por la falta de acuerdo en el CGPJ sobre los candidatos, otro paquete ulterior de reformas legislativas, que faciliten la renovación.

Se trata de dos enmiendas a la Ley Orgánica del Poder Judicial y a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, presentadas por los dos grupos parlamentarios del Congreso que apoyan al gobierno, aprovechando el debate en el Congreso sobre la reforma del Código Penal el 15 de diciembre de 2022⁵. Dichas enmiendas plantean problemas desde el punto de vista: 1) del contenido, pues agravan el deterioro del sistema de pesos y contrapesos establecidos por la Constitución; 2) de la forma, pues se utiliza una vía que el propio Tribunal Constitucional había denunciado en varias ocasiones desde la STC 119/2011: la falta de coherencia entre el texto normativo que se discute en las Cortes y las enmiendas que se presentan, las cuales pretenden reformar otras leyes que no guardan relación con el primero; y 3) de los derechos de las minorías parlamentarias, deducidos del art. 23.2 CE: derecho fundamental a “acceder” en condiciones de igualdad a los cargos públicos, que entraña también el derecho al “ejercicio” del cargo con plenas garantías –desde la STC 32/1985. Dicho derecho se conecta con el derecho de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, del art. 23.1 CE.

De los distintos contenidos de las enmiendas citadas, conviene destacar, en primer lugar, la reforma del art. 599.1.1 de la LOPJ, por el cual,

⁵ Enmiendas núm. 61 y 62.
www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-295-4.PDF

transcurridos tres meses desde el término del mandato del anterior CGPJ, si no se alcanza el quorum de los tres quintos en primera votación para la elección de los magistrados constitucionales, en la segunda bastará la mayoría simple. Con ello no se elimina el pluralismo: mayoría y minoría de los vocales del Consejo podrán seguir nombrando a dos magistrados con sensibilidades distintas. Pero el cambio es tan sutil como sustantivo: la regla de los tres quintos apela al consenso, a elegir candidatos aceptables por la gran mayoría del órgano, no al reparto entre mayoría y minoría, como ha advertido el profesor Manuel Aragón⁶. La reforma legislativa pretende dar carácter normativo a lo que ha sido una práctica, a mi juicio rechazable, y cuyo riesgo ya fue advertido por el Tribunal Constitucional en la sentencia 108/1986 en relación con la elección de los vocales del CGPJ: el reparto de los cargos por cuotas, sin vetos mutuos entre los grupos. De aprobarse la reforma, bastará con que cada grupo de vocales vote a su candidato y los dos más votados saldrán elegidos magistrados del Tribunal Constitucional, sin tener que buscar el acuerdo. Se añade a eso, otra medida complementaria: otorgar al CGPJ un plazo de tres meses para acordar la renovación, con amenaza de sanción, incluso penal de no llevarse a cabo⁷. Estas medidas antibloqueo se justifican en la Exposición de motivos de la Enmienda: “[p]ara poner remedio a esta anomalía, que afecta al cumplimiento de las obligaciones constitucionales”. Sin embargo, nada similar se ha previsto para las cámaras parlamentarias, que tardan mucho más en la elección de los magistrados constitucionales.

En segundo lugar, la reforma de la LOTC afecta a dos aspectos que tratan de facilitar la renovación del Alto Tribunal: por una parte, la reforma del art. 16.1, para permitir la toma de posesión de los dos magistrados del órgano que renueva en plazo (el gobierno) sin tener que esperar al nombramiento de los otros dos (el CGPJ). Con ello se soslaya el requisito constitucional de la renovación “por tercios” (art. 159 CE). La Exposición de motivos invoca la analogía con lo dispuesto por la LOPJ para la renovación parcial del CGPJ por parte de una de las cámaras parlamentarias si la otra no cumpliera con su obligación, lo cual fue avalado por la sentencia del Tribunal Constitucional 191/2016, como remedio subsidiario. Aunque, a diferencia del caso alegado, la Constitución menciona expresamente la renovación por tercios del Tribunal Constitucional⁸.

⁶ “Ataque frontal al TC y al Estado de Derecho”, *El Mundo*, 14 de diciembre de 2022. www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=122856

⁷ Art. 599.1.1 “c. En atención al carácter imperativo de este procedimiento, si por la acción u omisión de quien ejerza la presidencia, titular, interino o en funciones, o de cualquiera de los vocales, se incumpliera, culposa o dolosamente, lo previsto en los apartados anteriores, se incurrirá en las responsabilidades de todo orden que se deriven del ordenamiento jurídico, incluidas las penales.”

⁸ Hay que recordar que alguna reforma anterior de la LOTC ya había flexibilizado las exigencias constitucionales del art. 159 CE, como ocurrió con la disposición que acorta el mandato de los magistrados del Alto Tribunal –fijado en nueve años– si son nombrados con retraso por el tiempo del mismo (art. 16.5, LO 8/2010).

Por otra parte, y más problemática que la anterior, se introduce en la LOTC la supresión de la potestad que tiene el Pleno del Tribunal Constitucional para decidir sobre la idoneidad de los magistrados nombrados por los tres poderes del Estado (arts. 2.1.g y 10.1.i LOTC). De aprobarse, corresponderá a cada órgano proponente (el gobierno, el Congreso, el Senado, el CGPJ) valorar la idoneidad de los propuestos. La reforma pretende dar mayor discrecionalidad a los órganos proponentes reduciendo el control externo sobre los propuestos, que hasta ahora ejerce el mismo Tribunal (sin ser demasiado exigente, todo sea dicho). Este propósito va en línea contraria de la conveniencia –y a la luz de lo sucedido en los últimos años, la necesidad– de despolitizar y objetivar al máximo el proceso de elección por parte de los órganos constitucionales: propuesta de candidatos abierta y valoración de sus respectivos méritos por comisiones independientes que reduzcan el margen de discrecionalidad del Ejecutivo y el Legislativo en la elección, o al menos que favorezca la transparencia sobre la idoneidad de los seleccionados, como se desprende de las recomendaciones de la Comisión de Venecia.

Estas nuevas iniciativas, además de confirmar tendencias de práctica política anteriores (acuerdos de repartos entre PSOE y PP con participación de los grupos nacionalistas vascos y catalanes) disconformes con una recta interpretación de la Constitución, sobre las que los constitucionalistas españoles hemos sido demasiado indulgentes, suponen un agravamiento de la situación cuando la política se vuelve en competición de bloques irreconciliables, la polarización predomina en la esfera pública, y la pérdida de lealtad institucional de los actores políticos acaba imponiéndose.

No se halla entre la doctrina que ha valorado las iniciativas legislativas citadas una justificación objetiva de sus contenidos más allá de la reacción a la grave situación de bloqueo institucional, ni tampoco se advierte en ellas una relación con el fin esperable de mejora del funcionamiento de la Justicia y del Tribunal Constitucional. Las reformas propuestas son justificadas por sus defensores, como se ha ido viendo, como una reacción de los grupos mayoritarios al obstruccionismo de un grupo de vocales del CGPJ a la renovación en plazo del Tribunal Constitucional y del PP a la del CGPJ. Pero en esto también las culpas están repartidas: la no elección de los dos magistrados del Tribunal Constitucional por el CGPJ se ha debido a la oposición del grupo de vocales “progresistas” a negociar con los vocales “conservadores” ningún otro nombre que no fuera el del magistrado Juan Manuel Bandrés, además del bloqueo de la mayoría a la renovación de un magistrado que corresponde elegir al Senado por la renuncia por motivos de salud del magistrado Montoya (27 de julio de 2022), en su momento propuesto por el PP. La duda está en si las reformas emprendidas responden solamente a la reacción ante el bloqueo prolongado del CGPJ y, mucho más breve, del Tribunal Constitucional o si muestran una tendencia más de fondo, que afecta a los mismos equilibrios de la democracia constitucional.

La concepción de la democracia radical de los socios menores del gobierno y de otros grupos que le apoyan, así como algunas afirmaciones de las exposiciones de motivos de las iniciativas legislativas recientes y de dirigentes políticos de la mayoría, permiten pensar que en las reformas hay algo más que una mera reacción a la actual situación, y que el bloqueo ha servido como acicate para avanzar en una línea política de erosión de las instituciones de control a la mayoría y al gobierno.

4. – El procedimiento seguido para aprobar las reformas mencionadas hasta ahora también ha sido criticado por la doctrina constitucionalista⁹. Se ha recurrido sistemáticamente a proposiciones de ley o enmiendas de los grupos de la mayoría, las cuales soslayan el debate parlamentario en plenitud de garantías para la oposición, así como el dictamen jurídico de órganos consultivos. En España, la inmensa mayoría de las leyes aprobadas por las Cortes Generales tienen su origen en proyectos de ley que presenta el gobierno. Los anteproyectos, antes de llegar al Congreso, deben ser sometidos, con carácter general, a diversos trámites y consultas (art. 26, Ley 50/1997, del gobierno): informes de impacto económico y presupuestario, de género y de cambio climático (por parte del mismo gobierno), así como a información pública e informes preceptivos pero no vinculantes de órganos consultivos, sea jurídicos en determinados supuestos (Consejo de Estado¹⁰ o el mismo CGPJ cuando se trate de proyectos de ley que afectan a la propia LOPJ, estatuto de los jueces, organización judicial y leyes penales y penitenciarias¹¹) sea de otro tipo (Consejo Económico y Social por ejemplo). En cambio, las proposiciones de ley que presentan los grupos parlamentarios (en la práctica normalmente los de la oposición) no requieren este tipo de informes y sobre dichas iniciativas legislativas el gobierno tiene cierta capacidad de bloqueo, en particular si suponen aumento de créditos o disminución de ingresos presupuestarios (art. 126.2 Reglamento del Congreso). Ello confirma el predominio gubernamental de la iniciativa legislativa en España. Por esto, la situación actual resulta anómala pues son

⁹ Ana Carmona Contreras, “Cuando el fin no justifica los medios”, *El País*, 13 de diciembre de 2022; www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1228523

Carlos Vidal Prado, “El secuestro del ordenamiento jurídico”, *ABC*, 14 de diciembre de 2022

www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=122855

¹⁰ El Consejo de Estado viene alertando de la utilización selectiva por parte del Gobierno a la hora de acudir al Consejo de Estado, la utilización del procedimiento de urgencia y también la falta de homogeneidad del contenido de las leyes. Así últimamente (27 de octubre de 2022) en el Informe sobre el anteproyecto de ley de Trasposición de directivas de la UE sobre accesibilidad de productos, migración de personas cualificadas, tributos y digitalización de actuaciones registrales [PL Accesibilidad productos y otros.pdf \(congreso.es\)](#)

¹¹ La emisión de estos informes sobre anteproyectos de ley (art. 561 LOPJ) se mantiene cuando el CGPJ está funciones, según la mencionada LO 4/2021, art.570 bis 1.15, de reforma de la LOPJ.

los grupos de la mayoría los que recurren frecuentemente a proposiciones de ley para evitar solicitar los informes citados, lo que permite una más rápida aprobación de dichas reformas.

En el caso de las últimas iniciativas de reforma de la LOTC y de la LOPJ de diciembre de 2022, la utilización de enmiendas a textos legislativos en fase de discusión parlamentaria por parte de los grupos de la mayoría cuando el debate parlamentario está ya en curso plantea, como se ha señalado, problemas de forma y de afectación a los derechos de las minorías. Justamente este punto nos lleva a la última de las polémicas suscitadas, que ha agravado aún más la crisis institucional. El Grupo Popular interpuso recurso de amparo ante el Alto Tribunal contra el acuerdo de la Mesa de la Comisión de Justicia del Congreso y de su Presidente por el que admitían a discusión las enmiendas a la LOTC y a la LOPJ por violación de los derechos fundamentales de los parlamentarios del art. 23 CE. Utilizaba para ello el procedimiento del art. 42 LOTC (recurso de amparo directo frente a decisiones y actos parlamentarios sin valor de ley). Además, solicitaba al Tribunal la adopción de una medida cautelarísima: la suspensión del debate parlamentario sobre las concretas enmiendas mientras el Tribunal no haya resuelto dicho amparo en “supuestos de urgencia excepcional” en el mismo acto de admisión del recurso de amparo, para evitar el perjuicio que causaría al recurrente por la pérdida de objeto del recurso la aprobación de las enmiendas (art. 56.6 LOTC). Un Tribunal dividido (6 a 5) acordó la suspensión (Auto del Pleno de 19 de diciembre de 2022), de la que había hecho un uso excepcional hasta la fecha. Tanto representantes del gobierno como de los partidos que lo apoyan (y algunos comentaristas) acusaron al Tribunal y al PP, en términos muy duros, de no respetar la soberanía popular, bloquear la política y hasta de “golpistas”, como Tejero en 1981¹². Entre los constitucionalistas ha habido división de opiniones¹³. De todos

¹² Así el diputado Felipe Sicilia (PSOE), en el Pleno del Congreso el 15 de diciembre de 2022. www.europapress.es/nacional/noticia-psoe-acusa-pp-actuar-tejero-gamarras-le-recuerda-golpe-23f-dieron-centro-derecha-20221215180557.html

¹³ A favor de la suspensión, como medida de protección a las minorías parlamentarias, se han mostrado, entre otros, Manuel Pulido Quecedo, “El TC como guardián de la Constitución”, *Diario de Navarra*, 21 de diciembre de 2022; Javier Díaz Revorio, “El Tribunal Constitucional fortalece la democracia”, *La Voz de Galicia*, 21 de diciembre de 2022 [El Tribunal Constitucional fortalece la democracia \(lavozdeg Galicia.es\)](http://lavozdeg Galicia.es); Javier Tajadura Tejada, “¿Conflicto de poderes?”, *El Correo*, 22 de diciembre de 2022; Manuel Aragón, “El TC ha actuado correctamente”, *El Mundo*, 23 de diciembre de 2022 www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1228907

También Agustín Ruiz Robledo, “La exagerada importancia de una decisión”, *Diario de Sevilla*, 28 de diciembre de 2022 www.diariodesevilla.es/opinion/tribuna/exagerada-importancia-decision_0_1751824899.html.

Reacciones en contra, entre otros, del magistrado José Antonio Martín Pallín, “El Tribunal Constitucional ha prevaricado”, *Público*, 20 de diciembre de 2022 blogs.publico.es/dominiopublico/49572/el-tribunal-constitucional-ha-prevaricado/

Miguel A. Presno Linera, “El Constitucional en la maraña de la política”, *El País*, 20 de diciembre de 2022, www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1228760

modos, en ningún caso queda justificada una deslegitimación a la resolución del Alto Tribunal ni, lo que es más importante, a su función como guardián de la Constitución y última garantía de los derechos fundamentales. Estas descalificaciones nos recuerdan las efectuadas durante la crisis secesionista catalana desde el mundo independentista. Es más, a mi juicio, la intervención del Tribunal representa una actuación legítima en defensa de los derechos de los parlamentarios (de la oposición) que preserva el carácter normativo de la Constitución y evita que los poderes públicos ignoren sus sentencias, como ha ocurrido en casos anteriores similares.

5. – Uno de los aspectos más peligrosos de la presente crisis institucional es que las reformas legislativas aprobadas o en vías de aprobación no son medidas transitorias o excepcionales para responder a una situación coyuntural de bloqueo, sino que se insertan en el ordenamiento jurídico con carácter general. El efecto principal que producen es que las mismas amplían la discrecionalidad de las mayorías de turno en la configuración de los contrapoderes, sea el CGPJ, el Tribunal Constitucional u otros. Ello limita la separación de poderes y la independencia judicial, lo que erosiona el sistema constitucional. Lo mismo sucedería de reintroducir la iniciativa parlamentaria de los grupos de la mayoría de reforma de la LOPJ, que se intentó en 2020 y tuvo que ser retirada ante las declaraciones de comisarios europeos, para dejar en manos de la mayoría absoluta de las Cortes (y de los grupos parlamentarios, como propone hacer ahora Unidas Podemos) la elección de los doce jueces del CGPJ. La exigencia de consenso sobre las grandes reformas constitucionales e institucionales se ha de concretar en acuerdos con la oposición, no con grupos satélites de la mayoría (como también se desprende de la doctrina de la Comisión de Venecia).

6. – Cuando la crisis institucional había alcanzado su momento álgido, se ha producido una distensión inesperada y, por ahora, con efectos limitados a la renovación del Tribunal Constitucional. El 27 diciembre el GCPJ por unanimidad eligió a los dos magistrados del Alto Tribunal, que se suman a los dos que el gobierno había nombrado el 29 de noviembre¹⁴, completando la renovación del tercio del Tribunal. Los cuatro magistrados entrantes

Y un comentario crítico anticipado del profesor y exsecretario de Estado del gobierno Sánchez, José Antonio Montilla, “El Tribunal Constitucional en el bloqueo institucional”, *elDiario.es*, 18 de diciembre de 2022 www.eldiario.es/opinion/tribuna-abierta/tribunal-constitucional-bloqueo-institucional_129_9804650.html

¹⁴ Dichos nombramientos causaron otra gran polémica por la cercanía gubernamental de los nombrados: un juez exministro y una catedrática de Derecho Constitucional exdirectora general, ambos del gobierno Sánchez. Se ha alegado en su defensa que esto sucede igual en otros tribunales constitucionales. Una crítica a esta forma de proceder con análisis del Derecho Comparado, en Jaime Nicolás Muñoz, “Guerras políticas y expolíticos en el Tribunal Constitucional”, *El Confidencial*, 2 de enero de 2023. [Guerras políticas y expolíticos en el Tribunal Constitucional \(elconfidencial.com\)](http://Guerras%20pol%C3%ADticas%20y%20expol%C3%ADticos%20en%20el%20Tribunal%20Constitucional%20(elconfidencial.com))

superaron el trámite de la idoneidad por parte del propio Tribunal, con la misma deferencia hacia el órgano que nombra mostrada hasta ahora en dicho control (29 de diciembre) y tomaron posesión del cargo inmediatamente.

¿Qué había ocurrido? ¿A qué se puede imputar este desbloqueo en el nombramiento de los magistrados constitucionales? Se han sugerido varias posibilidades, seguramente concurrentes: la llamada del Rey a la responsabilidad institucional¹⁵, así como la discreta advertencia de la Comisión Europea¹⁶.

El discurso del Rey la Nochebuena del 24 de diciembre de 2022, sin dejar en ningún momento su sentido institucional, fue más claro que nunca, y tuvo un gran impacto en la opinión pública: “necesitamos fortalecer nuestras Instituciones. Unas Instituciones sólidas que protejan a los ciudadanos (...) Instituciones que respondan al interés general y ejerciten sus funciones con colaboración leal, con respeto a la Constitución y a las leyes, y sean un ejemplo de integridad y rectitud. Y este es un propósito diario con el que las Instituciones debemos estar siempre comprometidas. Creo que, en estos momentos, todos deberíamos realizar un ejercicio de responsabilidad y reflexionar de manera constructiva sobre las consecuencias que ignorar esos riesgos puede tener para nuestra unión, para nuestra convivencia y nuestras instituciones. No podemos dar por hecho todo lo que hemos construido.”

En este contexto habrá que ver si se da y cuándo alguno de los siguientes pasos -necesarios para el desbloqueo institucional- para poder medir el alcance de las reformas finalmente aprobadas y también, y no es lo menos importante, para ver la disposición a aceptar las recomendaciones de las instituciones y organismos de la UE y el Consejo de Europa: 1) si los grupos del gobierno retiran las enmiendas a la LOTC y a la LOPJ en el Senado (como se ha dado a entender, al decir que ya no son urgentes); 2) si se renueva el CGPJ, lo que requiere un acuerdo entre, al menos, el PSOE y el PP; 3) si hay acuerdo en el Senado para la elección del magistrado constitucional que falta nombrar; y 4) si se reforma la LOPJ en relación con las funciones del CGPJ (contrarreforma de 2021) y también respecto a la composición del mismo, volviendo a su carácter mixto, que tuvo la primera interpretación dada por el legislador en 1980 al art. 122 CE -12 vocales del Consejo nombrado “por” y no solo “entre” jueces y 8 por las Cortes entre juristas- de acuerdo con el espíritu de la Constitución. Esto último también en la línea solicitada por la Comisión Europea y por el GRECO.

¹⁵ Así lo apunta el profesor Francesc de Carreras en *The Objective* “Para qué sirve un Rey”, 29 de diciembre de 2022. theobjective.com/elsubjetivo/opinion/2022-12-29/para-que-sirve-rey/

¹⁶ Pablo R. Suanzes, “Bruselas respalda al Constitucional y recalca que las reformas de calado ‘requieren consultas previas’”, *El Mundo*, 20 de diciembre de 2022. www.elmundo.es/espana/2022/12/20/63a1b066fdddf27928b4585.html

7. – En la controversia pública sobre las reformas institucionales mencionadas se ha apelado reiteradamente a la intervención europea, como freno a la deriva iliberal de las mismas¹⁷. Hasta ahora se han producido denuncias más o menos formalizadas, pero no se ha ido más allá, al menos públicamente. La Comisión Europea, en los informes sobre el Estado de Derecho en los países de la UE, que lleva realizando desde 2020, ha criticado, en el capítulo dedicado a España, tanto la situación de bloqueo en la elección del CGPJ como la regulación enteramente parlamentaria del mismo, incluyendo en el último informe de 2022 recomendaciones precisas en este sentido¹⁸. Por ahora, no se han explorado medidas más contundentes, de más difícil aplicación, como la retirada de fondos financieros, o prácticamente imposibles como las medidas del art. 7 del TUE (iniciadas para Hungría y Polonia, pero bloqueadas en el Consejo de la UE, como es sabido). La UE exige para intervenir que se trate de una “amenaza sistémica”¹⁹. En sus actuaciones, las instituciones de la Unión asumen las definiciones y críticas al mal funcionamiento de la democracia y el Estado de Derecho en los Estados miembros provenientes del Consejo de Europa. En este sentido, recientemente el GRECO ha vuelto a denunciar la forma de elección del CGPJ en España²⁰. La Comisión de Venecia no ha sido llamada a intervenir por el momento ante ninguna de las reformas aprobadas o emprendidas hasta ahora, sea a instancias de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa

¹⁷ Además de Josep M. Castellá, ver nota 1, Josu de Miguel, “Europa debe intervenir”, *El Mundo*, 12 de diciembre de 2022. www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1228476

¹⁸ “Proceed with the renewal of the Council for the Judiciary as a matter of priority and initiate, immediately after the renewal, a process in view of adapting the appointment of its judges-members, taking into account European standards.”. Asimismo, recomienda reforzar la independencia del Fiscal General del Estado respecto al Gobierno, en particular, su periodo de mandato. Ver Rule of Law Report Country Chapter on the rule of law situation in Spain, SWD(2022) 509 final.

¹⁹ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO Y AL CONSEJO Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho COM/2014/0158 final

eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52014DC0158

²⁰ Fourth Evaluation Round. Addendum to the Second Compliance Report Spain, 2 de diciembre de 2022, GrecoRC4(2022)16. Al evaluar el cumplimiento de las recomendaciones efectuadas desde 2013 en el Fourth Round Evaluation Report on Spain, señala el GRECO “GRECO regrets the lack of any positive outcome to implement this recommendation. GRECO refers again to the standards of the Council of Europe regarding the election of the judicial shift in judicial councils: when there is a mixed composition of judicial councils, for the selection of judge members, the standards provide that judges are to be elected by their peers (following methods guaranteeing the widest representation of the judiciary at all levels) and that political authorities, such as Parliament or the executive, are not involved at any stage of the selection process. Last but not least, the four-year deadlock in the designation of the CGPJ is a matter of critical concern, which needs to be addressed as a matter of priority”. (núm. 16).

rm.coe.int/fourth-evaluation-round-corruption-prevention-in-respect-of-members-of/1680a93b24

(con una finalidad de monitoreo), sea de consulta a instancia de las instituciones españolas, a pesar de la invitación del Comisario de Justicia de la UE a llevarla a cabo (y a una aprobación por consenso de las reformas sobre el Poder Judicial)²¹ y la solicitud del CGPJ²². La Comisión de Venecia cuenta con una consolidada doctrina sobre los temas en cuestión²³. Por último, pero no menos importante, el Tribunal de Justicia y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han empezado a condenar a ciertos Estados irrespetuosos con la independencia del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional²⁴. Está pendiente de resolución una demanda presentada ante el TEDH por la no renovación del CGPJ.

Ante crisis institucionales que ponen en peligro principios del Estado de Derecho como la separación de poderes y la independencia del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, la defensa de dichos principios, los cuales forman parte esencial de las constituciones liberal democráticas, como la española, y de los pilares de la UE y del Consejo de Europa, corresponde en primera instancia a las instituciones y a la ciudadanía nacionales. Esto es lo que ha sucedido en la crisis constitucional en España de diciembre de 2022 con la intervención, cada uno dentro del marco de sus atribuciones, del Rey y el Tribunal Constitucional. Pero la erosión democrática cuando proviene de las propias instituciones de gobierno suele implicar la captura o neutralización de las instituciones de control, por lo que conviene extremar las alertas, ya que una vez producida tal captura la defensa se torna más difícil, como demuestran algunas experiencias de Estados del Centro y del

2270

²¹ Así lo manifestó el Comisario Reynders en la comparecencia ante la Comisión Mixta Congreso-Senado para la UE, el 10 de diciembre de 2020. [La UE pide que cualquier reforma del CGPJ se diseñe por todos y se tengan en cuenta las directrices de la Comisión de Venecia - Conflegal](#)

²² Acordado por el Pleno el 11 de julio de 2022, junto a la solicitud de que se le pidiera al propio CGPJ un informe. [C.G.P.J. - Archivo de notas de prensa \(poderjudicial.es\)](#)

²³ Sobre los criterios de la Comisión de Venecia, aplicables al caso de España sea para la modificación normativa del CGPJ sea del TC, ver Josep M. Castellá, “Judicial Independence and the Rule of Law According to the Venice Commission”, en Tania Groppi, Valentina Carlino, Giammaria Milani (eds.), *Framing and Diagnosing Constitutional Degradation. A comparative perspective*, Consulta online, Calameo, 2022, p. 225 ss. [FRAMING AND DIAGNOSING CONSTITUTIONAL DEGRADATION: A COMPARATIVE PERSPECTIVE \(calameo.com\)](#) y Marco A. Simonelli, “La crisis institucional y las soluciones propuestas por la mayoría. Una mirada desde la perspectiva de la Comisión de Venecia”, *Blog de la Fundación Manuel Giménez Abad*, 27 de diciembre de 2022. [www.fundacionmgimenezabad.es/es/la-crisis-institucional-y-las-soluciones-propuestas-por-la-mayoria-una-mirada-desde-la-perspectiva](#)

1.1.1 ²⁴ Sobre la crisis del CGPJ desde perspectiva de las instituciones europeas, ver Núria González Campaña, “La defensa europea de la independencia del Poder Judicial en el marco de la protección del Estado de derecho: la crisis del CGPJ en España”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 50, 2022, p. 457 ss. Y sobre la preservación de la independencia del Tribunal Constitucional en la doctrina del TEDH y el TJUE, ver Núria Magaldi, “La independencia de los tribunales constitucionales nacionales: Una visión desde el derecho europeo”, *Paper del Club Tocqueville*, núm. 23, diciembre 2022. [clubtocqueville.com/la-independencia-de-los-tribunales-constitucionales-nacionales-una-vision-desde-el-derecho-europeo-por-nuria-magaldi](#)

Este de Europa. Por fortuna, en nuestro ámbito europeo contamos con las instituciones europeas como red de seguridad de nuestras democracias constitucionales, pero haríamos mal en declinar la propia responsabilidad como sociedad y como académicos.

Josep Maria Castellà Andreu
Facultat de Dret
Universitat de Barcelona
castella@ub.edu