

ESTUDIOS

DEMOCRACIA EN TENSIÓN

CRISIS, RETOS Y FUTURO
EN UN MUNDO CAMBIANTE

ALEJANDRO CANÓNICO-SARABIA
MARÍA JOSÉ VALERO ESTARELLAS
JOSÉ LUIS ROS-MEDINA
JOAQUÍN MESEGUER YEBRA
COORDINADORES

**Si quieres adquirir esta
obra haz click aquí**



DEMOCRACIA EN TENSIÓN

Crisis, retos y futuro en un mundo cambiante

Coordinadores
ALEJANDRO CANÓNICO-SARABIA
MARÍA JOSÉ VALERO ESTARELLAS
JOSÉ LUIS ROS-MEDINA
JOAQUÍN MESEGUER YEBRA

Democracia en tensión

Crisis, retos y futuro en un mundo cambiante

Autores

ALEJANDRO CANÓNICO-SARABIA
JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ
ARMANDO RODRÍGUEZ GARCÍA
MARÍA VICTORIA WHITTINGHAM
SANTIAGO LEYRA-CURIÁ
VÍCTOR C. PASCUAL PLANCHUELO
ALLAN R. BREWER-CARÍAS
DR. GABRIELE VESTRI
FERNANDO JIMÉNEZ SÁNCHEZ
JÚLIA MIRALLES DE IMPERIAL
DANIEL BARRAGÁN
JAVIER HERNANDO MASDEU

UNIVERSIDAD VILLANUEVA

Ester Mocholí Ferrándiz. *Rectora*

Julio Montero. *Vicerrector*

María José Valero Estarellas. *Vicerrectora de Investigación y Transferencia*

Yolanda Rodríguez Luengo. *Vicerrectora de Ordenación Académica
Innovación y Estudiantes*

Marta del Río Caballero. *Vicerrectora de Profesorado y Calidad*

Lorenzo Bermejo Muñoz. *Vicerrector de Relaciones Institucionales*

Javier Sota Ramos. *Secretario General*

INSTITUTO DE BUEN GOBIERNO Y CALIDAD DEMOCRÁTICA

Alejandro Canónico-Sarabia. *Director*

Consejo Académico:

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz. *Presidente*

Carmen Fuente Cobo

Juan José Laborda Martín

Francisco Javier Rupérez Rubio

María José Nicolás

Pablo García Mexía

Gina Magnolia Riaño Barón

Ignacio Sánchez Cámara

David Pérez

José Cepeda

Mauricio Devoto

Marta Martín Llaguno

RED ACADÉMICA DE GOBIERNO ABIERTO INTERNACIONAL. CAPÍTULO ESPAÑOL (RAGA-ESPAÑA)

José Luis Ros Medina. *Coordinador Nacional*

Joaquín Meseguer Yebra. *Secretario Ejecutivo*

Hugo Aznar Gómez. *Responsable de Relaciones Institucionales*

Daiana Bouzo. *Responsable de Proyectos*

José Manuel Mayor. *Responsable Académico*

Raquel Valle Escolano. *Responsable de Planificación*

Alejandro Mañogil. *Responsable de Comunicación y Secretaría*

Miguel Villaseñor. *Vocal*

Capítulo X

La transparencia en el nombramiento de magistrados de las cortes constitucionales

JAVIER HERNANDO MASDEU

Universidad Villanueva

I. INTRODUCCIÓN: TRANSPARENCIA, NOMBRAMIENTOS Y CALIDAD DEMOCRÁTICA

La transparencia en el acceso a los cargos es un requisito esencial para la calidad de una democracia. Pero es interesante subrayar que habitualmente se habla de transparencia en el acceso a los puestos de la administración pública. Se indica que es necesaria para que los ciudadanos puedan acceder a la información relevante y también para que puedan controlar la toma de decisiones y —en última instancia— exigir la rendición de cuentas a sus representantes¹. Obviamente, es también un mecanismo eficaz de defensa contra la corrupción, siempre que la cultura política del país considere de forma negativa el clientelismo político, lo que no siempre sucede. También se ha dedicado atención a la transparencia en el nombramiento de las autoridades independientes², lo que refuerza la imparcialidad y la independencia de quienes ocupan esos puestos.

1. ANDRONICEANU, A. «Transparency in public administration as a challenge for a good democratic governance», *ADMINISTRATIE SI MANAGEMENT PUBLIC*, 36, 2021. SCHNELL, S. «From information to predictability: transparency on the path to democratic governance. The case of Romania», *International Review of Administrative Sciences*, vol. 84, 2018. HOLLYER, J. ; ROSENDORFF, B. ; VREELAND, J. «Transparency, Protest and Democratic Stability», *British Journal of Political Science*, vol. 49, 2018.
2. MERLO, S. A. ; ANDREU, J. M. C. «El nombramiento de las autoridades independientes. Lecciones a partir de la experiencia española y europea», *International Journal of Constitutional Law*, 2023.

Pero da la impresión de que a veces se presta menos atención a un campo esencial en el que también es necesaria la transparencia. Nos referimos al nombramiento de las personas que deberán hacerse cargo del control de constitucionalidad de las normas, entendido este en un sentido amplio. Y puede entenderse que esos nombramientos estén fuera del foco habitual de los estudios sobre transparencia. La razón es que son procesos que forman parte del corazón del estado constitucional, y por eso se entiende que en sí mismos gozan de la máxima publicidad y transparencia posible. Como veremos —en los tres casos de estudio que analizaremos con más detalle y en muchos otros— lo habitual es que se trate de nombramientos controlados de algún modo por el parlamento. Y eso parecería implicar que están sometidos a las mayores garantías que puedan exigirse, también en materia de transparencia. Y, sin embargo, como veremos, esto no siempre es así.

Nuestro objetivo en este trabajo es desarrollar algunas ideas que hemos trabajado en estudios previos³ y aplicarlas específicamente a la cuestión de la transparencia en el nombramiento de magistrados de cortes constitucionales. Hemos elegido tres casos específicos por dos razones fundamentales. En primer lugar, por un conocimiento previo de la cuestión. Y, en segundo lugar, y esto es lo más importante, por la relevancia del Tribunal Supremo de los EEUU y de la Corte Europea de Derechos Humanos. Y para el ámbito de habla española, es también clara la importancia del Tribunal Constitucional de España.

Conviene apuntar también algo obvio. La Corte Europea de Derechos Humanos no es un tribunal constitucional. Pero en su labor de interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos viene actuando como tal en materia de derechos fundamentales, especialmente a la vista del modo en que ha ampliado el alcance del art. 8 del Convenio. Este modo de actuar, no siempre recibido sin discusión, hace cada vez más necesario prestar atención al modo en que se nombra a sus magistrados.

II. EL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS EEUU

El caso del Tribunal Supremo de los EEUU (USSC) es tal vez el más paradigmático desde el punto de vista de la transparencia. Podría decirse

3. HERNANDO MASDEU, J. *La elección y confirmación parlamentaria de los jueces del Tribunal Supremo de los EE. UU.*, Aranzadi, 2024. HERNANDO MASDEU, J., «La selección de magistrados del Tribunal Constitucional», 2013, Universidad Complutense de Madrid (Tesis inédita disponible en: <https://hdl.handle.net/20.500.14352/37747>).

que la nominación de sus magistrados se realiza a la vista de todo el país, en medio de una apasionada discusión pública sobre el perfil político, personal y profesional de cada uno de los candidatos. Es incluso frecuente que el Presidente haga campaña hablando del tipo de magistrados que nombrará si es elegido. Y es también habitual que los grupos de presión hagan campañas directas negativas o positivas —empleando recursos abundantes— a favor o en contra de los candidatos a la nominación. Campañas que con frecuencia influyen en la decisión de voto de los senadores que —como veremos— tienen que confirmar o rechazar la nominación.

En rigor, la única regulación del nombramiento es la que aparece en la sección 2 del art. II de la Constitución:

“[The President] (...) shall nominate, and by and with the Advice and Consent of the Senate, shall appoint Ambassadors, other public Ministers and Consuls, Judges of the supreme Court, and all other Officers of the United States, whose Appointments are not herein otherwise provided for, and which shall be established by Law (...)”.

El precepto no ha sido enmendado y los detalles del procedimiento hay que encontrarlos en la práctica política, especialmente en los usos parlamentarios del Senado. Haremos a continuación un resumen de lo más importante, aprovechando, como se ha dicho, trabajos anteriores⁴.

El mandato de los jueces del USSC es vitalicio, por lo que la vacante se produce solo por la muerte o el retiro voluntario de alguno de los nueve jueces. El procedimiento suele arrancar con el anuncio público de la retirada por parte de alguno de ellos. Lo normal es que lo anuncie con bastantes meses de antelación. En cualquier caso, el equipo del Presidente tiene siempre una lista de candidatos que podrían ser propuestos para el caso de que se produzca una vacante. Esto resulta especialmente útil para el caso, menos frecuente, del fallecimiento de un juez que sigue en posesión de su cargo.

Es interesante considerar que, en esta fase inicial, la estrategia presidencial depende mucho de la situación política del momento. Y eso porque el proceso se desarrolla muy de cara al público y tiene un impacto político inmediato. En ocasiones, el Presidente retrasa su propuesta para estudiar a fondo los perfiles. Y es habitual que su equipo filtre algunos nombres para estudiar la reacción de la opinión pública y de los senadores del Comité Judicial que puedan tener una posición dudosa, especialmente los del partido propio.

4. HERNANDO MASDEU, J. (2024) id.

fico en el que hay que aplicar una norma que alguna de las partes considera contraria a la constitución.

El modelo de control constitucional kelseniano tiene un punto de partida diferente. El tribunal actúa a modo de “legislador negativo” que purifica el ordenamiento de las normas que se opongan a la norma suprema, la constitución, que es el fundamento de todas ellas. Y esa conexión con el poder legislativo hace que dicho control pueda ser solicitado en abstracto, antes de que se produzca un caso de aplicación. Normalmente será la oposición parlamentaria la que impugna la validez de la norma que ha sido aprobada por la mayoría.

En el sistema kelseniano se asume con más naturalidad que el tribunal está ligado al poder legislativo, y también que la norma que se interpreta no es una norma ordinaria. Pero a la vez, el control de constitucionalidad no sirve de nada si no funciona como un verdadero freno al poder de la mayoría. Por eso el trabajo de los jueces de constitucionalidad —incluso cuando no son jueces, como puede suceder en el sistema español— se presenta como un trabajo jurisdiccional. La operación de interpretación de la constitución pretende ser jurídica y técnica, y no política.

Y esto nos lleva a la cuestión que tiene más importancia aquí para nosotros. Porque cuando se trata de elegir en el parlamento a los magistrados del TC, hay una tensión entre dos modos de organizar el procedimiento. Y, a su vez, esa tensión está muy relacionada con la visión que se tiene de la interpretación constitucional. No es este el lugar para analizar en detalle la clásica distinción entre “originalismo” y “*living constitution*”. El TC ha retomado con fuerza en la STC 44/2023, sobre el derecho al aborto, la línea de la Constitución como un “árbol vivo”:

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”.

Ahora bien, cuando la Constitución se lee de esa manera parece legítimo plantearse quién tiene derecho a realizar esa interpretación. Porque la labor del Tribunal se parece mucho más a la del poder constituyente que a la de un juez que aplica o interpreta una norma. Así las cosas, se plantea de una manera mucho más directa la cuestión del control democrático del Tribunal. Y eso lleva a la transparencia en los nombramientos.

3. LAS COMPARECENCIAS EN EL CONGRESO

La primera sesión de nombramientos se produjo el 30 de enero de 1980. Los dos partidos mayoritarios habían alcanzado un acuerdo previo para realizar una propuesta conjunta y alcanzar así la mayoría necesaria de tres quintos prevista en el art. 159. Pero lo más interesante es que se intentó evitar expresamente que la opinión pública pudiera identificar la procedencia ideológica de los candidatos o las preferencias de los partidos políticos para nombrar a unos o a otros. Por eso se hizo una propuesta conjunta y se presentó a los candidatos al Pleno —tras el acuerdo en la Junta de Portavoces— presentados por orden alfabético. El resultado de la votación fue que cuatro de los cinco candidatos propuestos obtuvieron 255, 254, 250 y 248 votos, respectivamente. El quinto de ellos consiguió solo 10. Resultaba obvio que los cuatro primeros eran los pactados por los partidos políticos mayoritarios (UCD y PSOE, que sumaban 289 escaños). Quedó constancia de la intención de ocultar la preferencia de los partidos por la respuesta dada por el Presidente del Congreso al diputado Santiago Carrillo, cuyo texto figura en el diario de sesiones de esa fecha⁸.

El señor CARRILLO SOLARES: ¿Sería tan amable de decirnos qué Grupos Parlamentarios han hecho las propuestas?

El señor PRESIDENTE: El señor Carrillo podrá hacer la propuesta, pero el acuerdo inicial de la Junta de Portavoces, como podrá saber —aunque veo que no está el representante de su Grupo en la Junta de Portavoces—, fue que, con objeto de que el trámite formal se produjera sin referencias a eventuales propuestas que pudieran tener sentido ideológico o político, la relación de candidatos antes de la votación se haría por orden alfabético de los propuestos, con objeto de que en el trámite formal

8. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 60, 30 de enero de 1980, pp. 4094-4098.

se mantenga lo que debe ser para Magistrados de estas características, que es el no tener afección o vinculación respecto de Grupos proponentes”.

De hecho, los nombres de los cuatro candidatos eran bastante indiscutibles desde el punto de su prestigio profesional y podría decirse que también de su independencia política, aunque obviamente habían sido propuestos por los partidos teniendo en cuenta su mayor o menor proximidad ideológica a las posiciones respectivas de cada uno. Pero es llamativo que un diputado tuviera que preguntar a la presidencia qué grupos habían hecho las propuestas. Y no es que la respuesta parezca criticable. Los partidos mayoritarios quisieron evitar lo que con frecuencia se califica de “politización” del tribunal. Pero haciéndolo así, lo que se reduce —sin duda— es la transparencia del procedimiento. No solo frente a los diputados que han quedado fuera del pacto sino, sobre todo, frente a la opinión pública.

De hecho, es significativa en este sentido la intervención de Jordi Solé Tura ese mismo día, en representación del Partido Comunista:

“Hemos votado en blanco para dejar bien claro que no tenemos específicamente nada en contra de algunas de las personalidades cuyos nombres han sido propuestos; al contrario, pensamos que algunas de ellas, no todas, merecen el máximo aprecio por su condición de juristas y por su trayectoria cívica; pero hemos votado en blanco por el método que se ha seguido (...) una parte de esta Cámara, y nuestro Grupo muy concretamente, se ha enterado en gran parte de los nombres que se iban a proponer por la prensa y éste es un sistema malo, es un sistema deficiente”.

Obviamente, sin tiempo para preparar el debate “de confirmación”, el control que pueda ejercer la cámara es irrelevante. En el Senado, las primeras sesiones de nombramientos transcurrieron del mismo modo⁹ y con la misma poca transparencia.

En 1982 se aprueba el nuevo reglamento del Congreso y se introducen algunas variantes en el art. 204 que regula el procedimiento. La más significativa es que se establece que los Grupos Parlamentarios son los que pueden proponer hasta cuatro nombres y tienen un máximo de 5 minutos para defender su propuesta. Esto implica que —al menos— se sabe qué grupo ha hecho la propuesta. Pero lo sumárisimo del debate mantiene el asunto en una relativa oscuridad, lo que resulta reforzado por el hecho de que la votación sea por papeletas, es decir secreta.

9. HERNANDO MASDEU, J. (2013) Id.

los han nombrado —ni a ningún otro— y tampoco al Consejo de Europa. El cuarto y último párrafo se refiere a las incompatibilidades.

El artículo 22 establece el mecanismo de selección de los jueces:

“The judges shall be elected by the Parliamentary Assembly with respect to each High Contracting Party by a majority of votes cast from a list of three candidates nominated by the High Contracting Party”.

Así pues, la elección es compartida entre los Estados parte y el Consejo. Cada Estado parte propone una terna de candidatos para el puesto que le corresponde y la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (PACE, en adelante, según sus siglas oficiales en inglés) elige entre los nominados. Pero el Convenio no establece ningún procedimiento para cada uno de esos dos pasos. No se precisa cómo han de elaborar los Estados parte esas ternas y tampoco se organiza un procedimiento para la elección por parte de la PACE.

En general, quienes han observado con más atención el proceso critican con frecuencia su falta de transparencia¹². Trasciende muy poca información pública y esto hace casi inexistente un verdadero debate sobre el perfil de los candidatos que pueda trascender a una ya de por sí débil opinión pública europea.

De hecho, el propio Tribunal es relativamente desconocido por los ciudadanos europeos, que con frecuencia confunden su jurisdicción con la del TJUE. Esto permite a los gobiernos nacionales proponer sus ternas sin que se entable la más mínima discusión en la opinión pública del Estado miembro. Así es como viene sucediendo, por ejemplo, en España.

V. CONCLUSIONES

En el nombramiento de magistrados de un tribunal constitucional, la transparencia es algo más que un requisito general de buen gobierno. Cuando estos tribunales hacen una interpretación dinámica o evolutiva de las normas constitucionales o de los tratados que les corresponde aplicar, la transparencia es necesaria para afianzar su legitimidad y para que la opinión

12. M. BOBEK, *Selecting Europe's judges: a critical review of the appointment procedures to the European Courts*, Oxford University Press, 2015. MILLER, V., *The European Court of Human Rights: the election of judges*, 2011. House of Commons Research Briefing (<https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/sn05949/>). M. SZWED, «Fixing the Problem of Unlawfully Appointed Judges in Poland in the Light of the ECHR», *Hague Journal on the Rule of Law*, vol. 15, 2023.

pública pueda controlar ese ejercicio peculiar del poder constituyente que es la interpretación viva.

Como hemos visto, el control parlamentario de estas nominaciones no es suficiente si el procedimiento no permite que el debate trascienda a la opinión pública. Así sucede en España con el Tribunal Constitucional o en Europa con la Corte Europea de Derechos Humanos.

Estados Unidos es el ejemplo contrario. Su procedimiento de confirmación proporciona la máxima transparencia posible a las nominaciones. El debate en el Comité Judicial del Senado siempre trasciende a la opinión pública, especialmente en las últimas décadas. La restricción más importante de esta transparencia es la potencial —y frecuente últimamente— negativa de los nominados a responder sobre hipotéticas interpretaciones de la Constitución en los asuntos más polémicos.