

INFORME DE LA SECRETARÍA GENERAL DEL SENADO SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR LA CONSTITUCIÓN, LAS LEYES Y EL REGLAMENTO DEL SENADO POR LAS CANDIDATURAS DE MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PRESENTADAS POR LAS ASAMBLEAS LEGISLATIVAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

SUMARIO: 1. MARCO NORMATIVO.—A) *Procedimiento de presentación de candidaturas.*—B) *Requisitos para desempeñar el cargo y acreditación de los mismos.*—II. ANTECEDENTES.—III. CANDIDATURAS PRESENTADAS.—IV. ANÁLISIS DEL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS POR LAS CANDIDATURAS PRESENTADAS.

1. MARCO NORMATIVO

A) *Procedimiento de presentación de candidaturas*

El artículo 159.1 de la Constitución establece que:

«El Tribunal Constitucional se compone de doce miembros nombrados por el Rey; de ellos, 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.»

El artículo 16.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC), en su párrafo segundo (introducido por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo) determina que:

«Los Magistrados propuestos por el Senado serán elegidos entre los candidatos presentados por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas en los términos que determine el Reglamento de la Cámara.»

El artículo 184.7 del Reglamento del Senado dispone que:

«La elección por el Senado de los cuatro Magistrados del Tribunal Constitucional (...), seguirá el procedimiento previsto en este Capítulo con las siguientes especialidades:

a) El Presidente del Senado comunicará a los Presidentes de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas la apertura del plazo para la presentación de las candidaturas. Cada Asamblea

Legislativa podrá, en ese plazo, presentar hasta dos candidatos, resultando aplicable lo dispuesto en los apartados 3 y 4 de este artículo.

b) La Comisión de Nombramientos elevará al Pleno de la Cámara una propuesta con tantos candidatos como puestos a cubrir, que deberán haber comparecido previamente en la Comisión. Si no se hubieren presentado en plazo candidaturas suficientes, la propuesta que se eleve al Pleno podrá incluir otros candidatos.»

B) *Requisitos para desempeñar el cargo y acreditación de los mismos*

De acuerdo con el artículo 159.2 de la Constitución:

«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.»

Por su parte, el artículo 18 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional dispone que:

«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 profesional o en activo en la respectiva función.»

De acuerdo con los apartados 3 y 4 del artículo 184 del Reglamento del Senado, que resultan de aplicación por la remisión que realiza el artículo 184.7. a):

«3. Las candidaturas deberán acreditar de forma indubitada que los candidatos cumplen los requisitos exigidos por la Constitución y las leyes para desempeñar el cargo. Se presentarán acompañadas de una relación de los méritos profesionales y demás circunstancias que, en opinión del Grupo parlamentario, manifiesten la idoneidad del candidato para el puesto.

4. La Mesa podrá solicitar a la Comisión criterio acerca del cumplimiento por el candidato o candidatos propuestos de los requisitos exigidos por la Constitución y las leyes para desempeñar el

cargo. Oída la Comisión, la Mesa decidirá sobre la admisión a trámite de la candidatura. En caso de inadmisión, se dará cuenta al Grupo parlamentario autor de la propuesta, que podrá presentar nuevo candidato en el plazo que al efecto establezca la Mesa del Senado.»

II. ANTECEDENTES

1. Con fecha 27 de julio 2007 (VIII Legislatura), el Tribunal Constitucional solicita que se inicie el procedimiento de designación de los cuatro Magistrados cuya propuesta de nombramiento corresponde hacer al Senado, al expirar el día 17 de diciembre de 2007 el periodo de nombramiento de los Magistrados propuestos en 1998.

2. El Pleno del Senado, en su sesión del día 21 de noviembre de 2007, aprueba la reforma del Reglamento del Senado por la que se da nueva redacción al artículo 184 para adaptarlo a la modificación introducida en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional mediante la Ley Orgánica 6/2007 de 24 de mayo.

3. La Mesa, en su reunión del día 21 de noviembre de 2007, acuerda la apertura de un plazo de presentación de candidaturas por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas hasta el día 15 de diciembre de 2007, a las catorce horas.

4. La Mesa, en su reunión del día 4 de diciembre de 2007, acuerda la suspensión del plazo como consecuencia de diversas solicitudes formuladas en tal sentido por varias Asambleas Legislativas.

5. Con la disolución de las Cámaras, el asunto se traslada a la IX Legislatura al no resultar afectado por la caducidad prevista en la Disposición adicional primera del Reglamento del Senado.

6. Con fecha 31 de julio de 2008, la Presidencia de la Cámara comunica a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas el levantamiento de la suspensión del plazo para la presentación de candidaturas y la fijación de un término del mismo para el día 29 de septiembre de 2008, a las catorce horas.

7. La Mesa, en su reunión del día 23 de septiembre de 2008, a solicitud del Parlamento de La Rioja, acuerda la ampliación del plazo hasta las veinte horas del día 29 de septiembre de 2008.

8. La Mesa, en su reunión del día 30 de septiembre de 2008, acuerda dejar pendiente la calificación de las candidaturas presentadas y solicitar a la Secretaría General la elaboración de un informe sobre el cumplimiento por las mismas de los requisitos exigidos por la Constitución, las leyes y el Reglamento del Senado.

III. CANDIDATURAS PRESENTADAS

Día 24 de septiembre

Asamblea de Madrid (número de registro 9526): D. ELL y D. FVD.

Día 26 de septiembre

Parlamento de Canarias (número de registro 9724): D. ÓBB y D. ÓGG.

Cortes de Castilla-La Mancha (número de registro 9727): D. LIOÁ y D. FJHS.

Asamblea de Extremadura (número de registro 9728): D. ÁJP y D. ELL.

Parlamento de Navarra (número de registro 9736): D. JFCS y D. MPQ.

Cortes de Castilla y León (número de registro 9739): D. ELL y D. MSR.

Asamblea Regional de Murcia (número de registro 9740): D. FJHS y D. NMG.

Día 27 de septiembre

Parlamento de Cantabria (número de registro 9762): D. LMR y D. ELL.

Cortes de Aragón (número de registro 9763): D. JDE y D. FJHS.

Día 29 de septiembre

Parlamento de Cataluña (número de registro 9764): D.^a ERT y D. ARV.

Parlamento Vasco (número de registro 9765): D.^a AAB y D. JLAG.

Parlamento de Andalucía (número de registro 9766): D. JCCM y D.^a MCCM.

Parlamento de Galicia (número de registro 9767): D. NBÁ y D.^a JOS.

Corts Valencianes (número de registro 9780): D. FJHS y D. MOR.

Parlamento de La Rioja (número de registro 9800): D. ELL y D. IEC.

En total, se han presentado 23 candidatos. El Parlamento de las Illes Balears comunicó la declinación de la presentación de candidatos y de la Junta General del Principado de Asturias no se ha recibido ningún escrito de presentación de candidaturas.

IV. ANÁLISIS DEL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS POR LAS CANDIDATURAS PRESENTADAS

1. Concluido el plazo otorgado, y una vez presentadas las candidaturas por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, corresponde a la Mesa del Senado decidir acerca de su calificación y admisión a trámite, tanto por razón de la competencia general que le atribuye el artículo 36.1 *b*) R.S., como por la específicamente prevista en el artículo 184 R.S.

De forma previa al examen de esta competencia que incumbe a la Mesa del Senado, cabe señalar, en primer término, que no se trata del único control de legalidad que puede efectuarse sobre las candidaturas presentadas.

Por una parte, cada una de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas ha podido llevar a cabo este control en la fase de admisión a trámite de las candidaturas presentadas por los sujetos

legitimados conforme a su normativa interna y antes de la adopción del acuerdo correspondiente en sesión plenaria. Se trata, por tanto, de un control de legalidad previo al que corresponde efectuar a la Mesa del Senado.

Pero, por otra parte, existe un control de legalidad posterior que es el que debe llevar a término el Pleno del propio Tribunal Constitucional de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1.i) LOTC, actuación que se produce después de la elección por la Cámara y antes del nombramiento por el Rey, y por ello de difícil encaje.

En segundo término, debe advertirse que, en la calificación y admisión a trámite de las candidaturas, la Mesa del Senado puede (no es un trámite preceptivo ni vinculante) oír a la Comisión de Nombres acerca del cumplimiento por los candidatos de los requisitos exigidos por la Constitución y las leyes para desempeñar el cargo (art. 184.4 R.S.).

2. En el ejercicio de la función de calificación y admisión a trámite, corresponde a la Mesa examinar dos órdenes de cuestiones:

— Si las candidaturas han sido presentadas en tiempo y forma [arts. 16.1 LOTC y 184.3, 4 y 7.a) R.S.].

— Si los candidatos propuestos reúnen los requisitos exigidos por la Constitución y las leyes para desempeñar el cargo (arts. 159.2 CE y 18 LOTC).

Veamos ambos aspectos por separado.

3. Respecto a la primera cuestión, esto es, *si las candidaturas han sido presentadas en tiempo y forma*, después de un examen detenido de los escritos remitidos por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas (véase en ANEXO el resumen con los datos relevantes de las candidaturas de Magistrados del Tribunal Constitucional extraídos de la documentación que se acompaña a las mismas), puede señalarse que:

- a) Todas las propuestas provienen de dichas Asambleas.
- b) Todas las Asambleas han respetado el número máximo de dos candidatos por Comunidad Autónoma.

c) Todas las candidaturas se han presentado en el plazo establecido al efecto.

d) Sin embargo, en diversas candidaturas no se diferencia con la suficiente nitidez entre lo que son elementos que permitan «acreditar de forma indubitada que los candidatos cumplen los requisitos exigidos por la Constitución y las leyes para desempeñar el cargo» y lo que, con la finalidad de manifestar la idoneidad para el puesto, es la «relación de los méritos profesionales y demás circunstancias» del candidato (art. 184.3 R.S.), distinción que tiene trascendencia como se verá en el siguiente apartado.

En efecto, en una buena parte de los escritos de remisión de las candidaturas lo que se acompaña son los «*curriculum vitae*» de los candidatos, válidos para la segunda de las finalidades, que es la de manifestar la idoneidad de los mismos, pero insuficientes para la primera, esto es, para deducir indubitadamente el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales. En tales casos no se precisa la condición de españoles de los candidatos ni se detalla con la suficiente exactitud los periodos de tiempo «en activo» o de «ejercicio profesional» (como señala el art. 18 LOTC) en los que los candidatos han permanecido en cada profesión o función de las que habilitan para ser Magistrado del Tribunal Constitucional.

El artículo 184.3 R.S. se refiere a la necesidad de que las candidaturas acrediten de forma indubitada el cumplimiento de tales requisitos. Hasta la fecha, en otros supuestos de designación o elección de cargos por el Senado y sobre la base de que los sujetos legitimados para proponer candidatos eran los propios Grupos parlamentarios de la Cámara, la Mesa ha admitido a trámite las candidaturas sin exigir certificaciones que adveren la exactitud de los datos en aplicación del principio de buena fe, pero sí ha comprobado que la documentación aportada no dejara lugar a dudas de que cada candidato reunía los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico.

De modo semejante, la Mesa podría aceptar, en este nuevo procedimiento en el que por vez primera toman parte las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, que éstas remitan las propuestas sin aportar certificaciones. Pero sería muy conveniente, incluso imprescindible, que en los casos en los que, de la documen-

tación aportada, no se desprenda con claridad el cumplimiento de los requisitos, se solicite a las Asambleas Legislativas la aclaración correspondiente.

4. Respecto a los concretos *requisitos exigidos por la Constitución y las leyes que los candidatos deben reunir para desempeñar el cargo*, hay que señalar que son los siguientes (arts. 159.2 CE y 18 LOTC):

a) *Ser español.*

Este requisito, no previsto en la Constitución pero sí en el artículo 18 LOTC, no se acredita expresamente en la documentación remitida con las candidaturas pero puede considerarse comprobado por notoriedad.

b) *Pertenecer a determinadas categorías profesionales de juristas:* Magistrados, Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y Abogados.

A diferencia de otros cargos públicos, para ser Magistrado del Tribunal Constitucional la Constitución no abre la puerta a cualquier jurista: sólo a los que encajan en alguna de las categorías señaladas. Se trata de una regulación diferente de la que se establece para otros supuestos, como el de los Vocales del Consejo General del Poder Judicial no pertenecientes a la categoría de jueces y magistrados para los que se emplea la expresión de «abogados y otros juristas» (art. 122.3 CE), evidentemente mucho más amplia que la utilizada para formar parte del Tribunal Constitucional.

Doctrinalmente se han debatido algunos aspectos de este requisito, en ocasiones con una posible incidencia en la tarea de admisión a trámite que incumbe a la Mesa del Senado: la mayor parte de la doctrina sostiene, por ejemplo, que la categoría «Magistrados» debe incluir, a efectos del cómputo de los años al que después nos referiremos, los periodos en que se haya ostentado la categoría de «Juez», aunque algún autor sostiene la tesis contraria. También se ha debatido qué supuestos, dentro de la categoría de Profesores de Universidad, eran susceptibles de inclusión en el precepto constitucional.

En todo caso, de la documentación remitida puede considerarse que todas las propuestas efectuadas pueden ser subsumidas en alguna de las categorías profesionales señaladas por la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

c) Haber ejercido alguna de esas profesiones o funciones durante al menos quince años.

Si el artículo 159.2 CE emplea la expresión «con más de quince años de ejercicio profesional», el artículo 18 LOTC añade a la misma la precisión «o en activo en la respectiva función».

La interpretación de este requisito merece examinar la génesis del artículo 18 de la Ley Orgánica, la doctrina jurisprudencial y la doctrina científica.

La tramitación parlamentaria del artículo 18 LOTC pone de manifiesto que el texto aprobado por el Congreso de los Diputados (cuya redacción del art. 19 era la misma que la finalmente aprobada como art. 18) fue objeto en el Senado de la enmienda número 15 del Grupo Parlamentario de UCD que solicitaba la supresión de la frase «... o en activo en la respectiva función» y cuya justificación consistía en que «la inclusión de esta reforzada referencia a una situación administrativa para los funcionarios, perturba la más correcta redacción del artículo 159.2 de la Constitución, sin añadir contenido sustancial a la misma... La expresión “ejercicio profesional”, entendida en sentido amplio, comprende suficientemente las situaciones de activo de los funcionarios». La Ponencia sostuvo la aprobación de la enmienda al entender que la expresión «ejercicio profesional» comprendía también la situación de activo en la función pública. Y así se aprobó por la Comisión y por el Pleno del Senado.

En la vuelta del proyecto de Ley Orgánica al Congreso, la enmienda del Senado fue rechazada por el Pleno (15 síes, 260 noes y 9 abstenciones). En el turno en contra, el Diputado socialista Sr. Sotillo Martín afirmaba:

«Esta modificación —la propugnada por el Senado (esto es, la supresión del inciso final del texto aprobado en un primer momento

por el Congreso: “... o en activo en la respectiva función”)— nos parece no explicada; es decir, el texto del Senado recorta el del Congreso, por cuanto entre los miembros del Tribunal Constitucional existen personas que están realizando lo que en puridad se llamaría ejercicio profesional, cuando se refiere a abogados, etc., mientras que hay otra serie de personas, por ejemplo, los funcionarios públicos, que, en puridad lo que ejercitan es una actividad, es decir, están en activo en la respectiva función y es más dudoso que pueda hablarse en ese caso de ejercicio profesional *stricto sensu*. Por tanto, nosotros mantenemos el texto del Congreso, que exige los quince años, como manda la Constitución, de ejercicio profesional o en activo en la respectiva función para ser miembro del Tribunal Constitucional».

En segundo lugar, puede examinarse la doctrina establecida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1994, por la que se declaró no ajustado a Derecho el nombramiento como Fiscal General del Estado de D. Eligio Hernández Gutiérrez.

Según esta sentencia, los periodos de tiempo en que un candidato se encuentre en situación de servicios especiales no pueden ser computados como periodos de «ejercicio efectivo de su profesión» (en la terminología del art. 29.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal). Dice el Tribunal Supremo (FJ 5.º) que «ejercer» es «practicar los actos propios de una profesión» y que «la idea de ejercicio no es sustituible por otro quehacer que el propio de la profesión de que se trate», en tanto que la situación de servicios especiales permite que el tiempo se compute a efectos de ascensos, trienios y derechos pasivos, es decir, «concretos aspectos que configuran derechos directamente nacidos de la propia relación funcional» (lo que resulta de aplicación tanto a funcionarios públicos como a jueces y magistrados). Pero, concluye el Alto Tribunal, que «desde luego no resulta ni del texto ni de la finalidad de la norma que esta ficción legal por la que se atribuyen determinados efectos propios del servicio activo a quien no se halla realmente en esta situación, sea proyectable a instituciones ajenas al esquema funcional descrito y que tienen su propio y específico régimen jurídico». Dicho de otro modo, lo que se exige no es antigüedad en la profesión o función sino ejercicio profesional real, lo que implica la permanencia de más de quince años en servicio activo.

Por una parte, es evidente que la sentencia se refiere a la elección de un cargo público distinto del de Magistrado del Tribunal Constitucional, pero los criterios doctrinales sentados pueden ser aplicables a este tipo de nombramientos.

Por otra parte, se trata de la única sentencia que esta Secretaría General ha podido localizar en la que se sostenga el criterio transcrito, por lo que técnicamente no es posible sostener que existe jurisprudencia firme del Tribunal Supremo en esta materia. Pero es igualmente cierto que tampoco se han encontrado pronunciamientos judiciales en contrario.

En cuanto a la doctrina científica puede afirmarse que no son muchos los autores que se han planteado la exégesis del artículo 18 LOTC desde esta perspectiva, pero los que lo hacen mantienen un criterio bastante homogéneo:

— Lozano Miralles y Saccomano señalan que el último inciso del artículo 18 LOTC «aclara que la situación administrativa ha de ser la de ‘activo’, situación que implica una dedicación a la profesión y no la mera pertenencia a la misma» (LOZANO MIRALLES, J., y SACCOMANO, A., *El Tribunal Constitucional: Composición y principios jurídico-organizativos*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000, p. 181).

— Espín Templado indica que la tramitación parlamentaria del artículo 18 LOTC muestra que las modificaciones introducidas en este precepto del Proyecto de Ley no son meramente formales y, en concreto, que la adición de la frase «o en activo en la respectiva función» se refiere a «aquellos que pertenecen a un Cuerpo funcional (Magistrados y otros funcionarios de carácter jurídico) con una expresión más precisa respecto de su trabajo que la de “ejercicio profesional”, más vinculada al desempeño de tareas en la esfera privada, especialmente de la abogacía», subrayando que «la pertenencia a la función pública sólo computa para los quince años de antigüedad mientras se esté en situación de activo» (ESPÍN TEMPLADO, E. «Comentario al artículo 18», en REQUEJO PAGÉS, J. L. (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, BOE, 2001, p. 311). Más adelante recalca que «los Magistrados, Fiscales y funcionarios han de estar incorporados de forma efectiva en su Cuerpo al menos ese tiempo, esto es, en situación legal de actividad de

acuerdo a sus respectivos estatutos. Por ello, si han estado en cualquier situación de excedencia, el tiempo que haya durado ésta no se computa como antigüedad para el ejercicio profesional en tanto que Magistrados, Fiscales o funcionarios. Los abogados, por su parte, han de haber sido ejercientes al menos durante ese tiempo mínimo de quince años...» (*ibidem*, p. 314).

— Pauner Chulvi, tras referirse a la mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1994, hace suya la doctrina fijada en la misma y señala que la Sentencia del Tribunal Constitucional 174/1996, de 11 de noviembre (FJ 3), contiene reflexiones que «apuntan en la misma dirección» (PAUNER CHULVI, C., *La designación parlamentaria de cargos públicos*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2003, pp. 127 a 129). Esta autora, además, recuerda que una eventual vulneración de este requisito podría fundamentar un recurso de amparo por posible violación del artículo 23.2 C.E.

Estos tres elementos (tramitación parlamentaria del art. 18 LOTC, doctrina jurisprudencial y doctrina científica) configuran una interpretación estricta (que no restrictiva) del requisito relativo al tiempo de ejercicio profesional consistente en considerar que sólo se pueden computar los años de ejercicio activo y que, por consiguiente, se deben excluir los que puedan haber transcurrido en situaciones administrativas como la excedencia o los servicios especiales.

Ello, no obstante, la Mesa del Senado podría llegar a una conclusión diferente si considerase que una sola sentencia del Tribunal Supremo no crea, por sí sola, jurisprudencia, y que el tiempo transcurrido desde la aprobación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional puede abonar una interpretación que difiera de la que se deduce del *iter* parlamentario de la Ley.

Si la Mesa optara por la interpretación estricta de este requisito sería necesario solicitar a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas aclaración acerca de la documentación que acompaña a las candidaturas, pues de la misma no se deduce con claridad y con la precisión suficiente, en la mayor parte de los casos, qué periodos son de ejercicio activo de la función pública o de ejercicio profesional efectivo de la abogacía y cuáles no lo son.

d) En cambio, respecto a la exigencia de ser *jurista de reconocida competencia* en la función o profesión respectiva, el Tribunal Constitucional (STC 101/2008, FJ 5.º) entiende que esta expresión «encierra un juicio de valor, referido a la competencia profesional de los candidatos, cuya apreciación corresponde, en primera instancia, a los habilitados por la LOTC y el Reglamento del Senado para proponer candidatos y en definitiva, al legitimado para formular la propuesta de nombramiento al Rey y que, no ha de ser apreciada en abstracto, sino, precisamente, en atención al desempeño profesional del concreto candidato presentado», lo que desborda la competencia de la Mesa en su función de calificación y admisión a trámite de los escritos parlamentarios, siendo así una tarea propia de la Comisión de Nombramientos al ejercer su función con la comparecencia de los candidatos y del Pleno de la Cámara en el momento de la votación de los mismos.