

## EL ESTATUTO DE LOS MAGISTRADOS CONSTITUCIONALES EN ESPAÑA

Javier GARCÍA ROCA\*

A mi amigo Jorge Carpizo, mexicano, madrileño, complutense...

SUMARIO: I. *Un estatuto de rango constitucional y legal.* II. *La posición del Tribunal Constitucional como órgano constitucional y jurisdiccional e intérprete supremo de la Constitución.* III. *La designación de los magistrados por otros órganos constitucionales y entre “juristas de reconocida competencia”.* IV. *Renovación parcial, dilaciones y prorogatio.* V. *Inviolabilidad.*  
VI. *Recusaciones y abstenciones.*

### I. UN ESTATUTO DE RANGO CONSTITUCIONAL Y LEGAL

A la posición de los magistrados constitucionales dedica la Constitución española de 1978 su artículo 159. Esta norma tuvo inspiración en los análogos preceptos de las Constituciones europeas de su entorno, sobre todo la Constitución italiana (artículo 135); pero también la alemana (artículo 94.1) y la francesa (artículo 56). Si bien cada una de ellas posee sensibles diferencias y algunas similitudes.

Se afirma en el apartado 1o. del citado artículo 159, CE, que el Tribunal Constitucional se compone de doce miembros nombrados por el rey; designados cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados 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. La intervención regia es formal y *ad solemnitatem*,

\* Catedrático de derecho constitucional, Universidad Complutense de Madrid; letrado excedente del Tribunal Constitucional.

es un acto debido a quienes los designan, y viene sometido al refrendo del presidente del gobierno.

El apartado 2o. del mismo precepto constitucional exige que los magistrados constitucionales sean nombrados entre magistrados, fiscales, profesores, funcionarios públicos y abogados, todos ellos “juristas de reconocida competencia”, con más de quince años de ejercicio profesional, y por un periodo de nueve años. Luego se analizará el alcance de estos requisitos.

Los magistrados se renuevan parcialmente, de cuatro en cuatro, y por terceras partes cada tres años —al menos en teoría—, comenzando la vez primera con un sorteo para fijar el orden de renovación, y entendiendo agrupados, para tales efectos, a los dos magistrados designados a propuesta del gobierno, y a los dos que proceden del Consejo General del Poder Judicial (apartado 3o. y disposición transitoria novena).

En el apartado 4o. se establece un régimen genérico de incompatibilidades, reenviando para el resto a las propias de los miembros del Poder Judicial. Finalmente, el apartado 4o. garantiza su independencia e inamovilidad durante el ejercicio de su mandato.

Se trata, pues, de una regulación constitucional escueta, pero con una apreciable densidad normativa, pese que no puede ser tachada de reglamentista.

Por debajo de la Constitución, la Ley Orgánica 2/1979, del 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC) dedica al estatuto de los magistrados constitucionales el capítulo segundo del título primero (artículos 16 a 26), donde se regula con mayor precisión su régimen jurídico.

Entre los contenidos legales más importantes de este estatus están los siguientes:

- Que los magistrados propuestos por el Senado sean elegidos entre los candidatos presentados por las asambleas legislativas de las comunidades autónomas, en los términos fijados en el Reglamento de la Cámara (una reforma de la LOTC operada por la Ley Orgánica 6/2007, del 24 de mayo).
- La obligación de comparecencia parlamentaria de los candidatos a magistrados propuestos por el Congreso y el Senado ante las correspondientes comisiones de acuerdo con los respectivos reglamentos.
- La imposibilidad de su inmediata reelección, salvo si fueron designados por un periodo no superior a tres años para cubrir alguna vacante anticipada.
- La solicitud de inicio del procedimiento de designación a los órganos responsables, por parte del presidente del Tribunal, con cuatro meses de antelación.

- La prórroga en el ejercicio de sus funciones por los magistrados constitucionales “hasta que hayan tomado posesión quienes hubieren de sucederles” (artículo 17.2), previsión que ha sido una constante fuente de conflictos.
- Una regulación más detallada de las incompatibilidades.
- La situación administrativa —servicios especiales— en que los magistrados constitucionales quedan en su carrera de origen.
- La obligación y fórmula de juramento, o promesa, de guardar y hacer guardar la Constitución al tomar posesión del cargo.
- Su inviolabilidad por las opiniones y votos expresados en el ejercicio de sus funciones.
- Las causas de cese decretadas por el presidente o, en los casos relevantes, por el pleno, así como de suspensión como medida previa.
- El derecho a una remuneración de transición en el momento del cese.
- El cómputo del tiempo en el desempeño de estas funciones jurisdiccionales, a efectos de derechos pasivos como funcionarios, calculando el montante del haber sobre las remuneraciones percibidas como magistrado constitucional en el último año.
- El fuero especial ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

En consecuencia, la posición de los magistrados del Tribunal Constitucional se regula en sus elementos principales por la propia Constitución, y está dotada de la jerarquía y rigidez propia de las normas fundamentales. Pero viene completada en muchos rasgos de detalle por una ley orgánica. La propia Constitución (artículo 165) establece una reserva en favor de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional,<sup>1</sup> que excluye la intromisión de otras leyes ordinarias u orgánicas, y entre las materias que recoge se encuentra el estatuto de sus miembros. Es una reserva que posee un alcance tanto positivo como negativo, así como material y formal, y que concede una amplia libertad de configuración al legislador democrático; existe una presunción de constitucionalidad en el marco de un sistema de pluralismo político, que permite distintas opciones legislativas en la regulación de ese estatuto, si bien no excluye un control de constitucionalidad, según el Tribunal Constitucional ha interpretado en las SSTC 66/1985, 38/2007 y 49/2008.

No estamos, pues, ante un estatuto plenamente “constitucional” de los magistrados; es decir, un conjunto de derechos y deberes u obligaciones,

<sup>1</sup> Garrorena, Ángel, “La reserva del Tribunal Constitucional a Ley Orgánica”, en VV. AA., *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Madrid, UNAM-UCM, 2000, t. II, pp. 1397 y ss.

exhaustivo y cerrado en normas de rango fundamental, pues está abierto en algunos extremos a la LOTC, que se incardina directamente en ella; pero —como hemos visto— la mayor parte de los elementos se encuentran en la propia Constitución de forma escueta, si bien dotada de cierta densidad normativa.

La posición de los magistrados constitucionales, según la Constitución y la LOTC, y a los efectos comparados que esta obra colectiva pretende, incluye muy diversos contenidos, como son: su número y forma de elección; los requisitos para su designación; la duración en el cargo, prórroga y prohibición de inmediata reelección; las garantías de independencia, incompatibilidades, inamovilidad, inviolabilidad y fuero especial; las causas de ceso y suspensión; el juramento o promesa, y su situación administrativa en la carrera de origen, derechos pasivos y remuneración de transición. Demasiadas cosas para ser explicadas y analizadas pormenorizadamente en este estudio, limitado en su extensión, de manera que me centraré en algunas de las cuestiones que estimo principales o, cuando menos, que mayores conflictos han ocasionado.

## II. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO ÓRGANO CONSTITUCIONAL Y JURISDICCIONAL E INTÉRPRETE SUPREMO DE LA CONSTITUCIÓN<sup>2</sup>

Los coordinadores nos piden que reflexionemos sobre dónde debemos situar al Tribunal Constitucional en la división de poderes, y que respondamos si el modelo de jurisdicción constitucional posee alguna influencia en el estatuto de los magistrados constitucionales, o debería tenerla.

Una relevante aportación de teoría de la Constitución que reside es la clásica de Eisenmann, de cuyo pensamiento puede deducirse que se trata de un “poder constituyente por defecto”.<sup>3</sup> También García de Enterria

<sup>2</sup> Sintetizo en este epígrafe un trabajo previo, al tiempo que profundizo en mis ideas, y añado una reflexión sobre las consecuencias de la posición de este órgano constitucional dentro de la división de poderes en la selección de sus magistrados. Cf. García Roca, Javier, “La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional en España”, en Pérez Tremps, Pablo (coord.), *La reforma del Tribunal Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 17-120; fue asimismo editado, en 2009, como libro en México por Porrúa con un largo prefacio.

<sup>3</sup> Eisenmann, Charles, *La justice constitutionnelle et la haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1986, edición original de 1928 con prólogo de H. Kelsen, prefacio de Georges Vedel y anexo de Louis Favoreu. Dice que el sentido de esta jurisdicción es garantizar la repartición de competencias entre la legislación ordinaria y la constitucional, asegurar el respeto de la competencia al órgano supremo del orden estático (p. 20) y la jerarquía entre dos grados de reglas (p. 22).

lo definió prontamente, entre nosotros, como un “comisionado del poder constituyente” para la defensa de la Constitución.<sup>4</sup> A mi entender, ambas caracterizaciones no se adecuan a nuestras normas. Debe reservarse ese lugar para otros ejercicios de la soberanía popular, sin que deba invadirlos un poder, por definición, constituido. El Tribunal Constitucional no puede decidir en lugar del poder constituyente, sustituyéndolo, ni menos aun en su contra, ni siquiera debería, por deferencia, ocupar sus silencios, en aquellos espacios propios del poder de hacer una Constitución o de modificarla. Pero las Constituciones cambian por diversos medios, así por su reforma o mutación y a través de la interpretación constitucional, que actúan en terrenos colindantes y de complejo deslinde.<sup>5</sup> No es casual que ni la Constitución ni la Ley Orgánica prevean en España la posibilidad del control de constitucionalidad de la reforma, cuestión muy debatida en el derecho comparado, y, en cambio, enjuiciada por varias cortes iberoamericanas. Tampoco es fortuito que el Tribunal esté sometido no sólo a la Constitución y a sus reformas, sino también a su Ley Orgánica (artículo 1.1 de la LOTC). Pueden una y otra —con distinto alcance— hacer una derogación de sus competencias o una abrogación de su doctrina jurisprudencial (*overruling*).<sup>6</sup> Curioso poder constituyente —subsidiario o comisionado— sería aquel sometido a una simple ley orgánica; además, las delegaciones o comisiones, y con más razón las de un poder constituyente, deben realizarse de forma expresa, y no tácita. No creo, pues, que valgan estas dos caracterizaciones genéricas.

Conforme a nuestras normas positivas, el artículo 1.1 de la LOTC, el Tribunal es el “intérprete supremo de la Constitución”. Ésta es la definición que estimo constitucionalmente adecuada. Puede aclarar el sentido de los preceptos constitucionales o integrarlos allí donde no sea explícito, sino inmanente, haciendo que aflore,<sup>7</sup> interpretándolos de forma constructiva y

<sup>4</sup> García de Enterría, Eduardo, “La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, 1981, epígrafe VI, pp. 97 y ss.

<sup>5</sup> Jellinek, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991 (original de 1906), con estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú.

<sup>6</sup> Rara vez hace en cambio abrogaciones expresas de su jurisprudencia el propio Tribunal. Véase Fernández Segado, Francisco, “Les revirements de la jurisprudence constitutionnelle en Espagne”, *Les cahiers du Conseil Constitutionnel*, núm. 20, 2006, pp. 125-151.

<sup>7</sup> También Faller, Hans Joachin, “Cuarenta años del Tribunal Constitucional federal alemán”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 34, 1992, p. 136, concluye que el TC federal alemán “desplegó y desarrolló de una manera omnicomprensiva cuanto estaba ínsito en las normas de la Ley Fundamental”, al tiempo que alude a su función integradora y pacificadora de conflictos.

creadora de normas.<sup>8</sup> La interpretación constitucional debe, normalmente, consistir en hacer explícitas las normas constitucionales con criterios de justicia y razón antes que en edificar un derecho nuevo.<sup>9</sup> Pero a menudo participa —con límites— en el establecimiento de reglas superiores de derecho,<sup>10</sup> en las fuentes de creación del derecho,<sup>11</sup> formando verdaderas normas que se adhieren a las de rango constitucional. Las normas constitucionales recogen conceptos jurídicos dotados de un alto grado de abstracción, cuya interpretación suele reclamar una exégesis de alcance general. Mas los conflictos jurídicos que enjuicia la jurisdicción constitucional asimismo se adentran en el dominio de las tensiones políticas;<sup>12</sup> sus decisiones son parte de una dirección política de Estado; y, en ese sentido —pero sólo en ese—, son políticas y propias de un órgano constitucional y no, simplemente, jurisdiccional.

El Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución, “pero no del resto del ordenamiento jurídico” (STC 74/1987, FJ.4o.).<sup>13</sup> No es juez de la mera legalidad. Sin embargo, el propio Tribunal, que en línea de principios acepta estos límites, a veces sobrepasa tales fronteras, no siendo fácil saber cuándo se introduce en territorios de legalidad que deberían venirle vedados. Ha llegado a decir: “...este Tribunal que, en cierto sentido, es... no sólo defensor de la Constitución, sino defensor también de la ley” (STC 17/1981, F. J. 1o.). La explicación reside en que cualquier interpretación constitucional reclama bucear previamente en la legalidad, ahondar en la comprensión de las leyes que deben interpretarse conforme a la Constitución, antes de volver a la superficie. Suscitan esta problemática, en especial, ciertos derechos formales y relacionales, como la muy horizontal y expansiva cláusula de tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos (artículo 24.1, CE).

<sup>8</sup> Böckenförde, Ernest Wolfgang, *State, society and liberty. Studies in political theory and Constitutional Law*, Berg, Nueva York-Oxford, 1991 (hay traducción posterior al castellano).

<sup>9</sup> Leibholz, Gerhard, “El Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana y el problema de la apreciación judicial de la política”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 146, 1966, p. 89.

<sup>10</sup> *Ibidem*, pp. 90 y 91.

<sup>11</sup> Entre nosotros, Rubio Llorente, Francisco, “La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho”, *La forma del poder*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 495-536.

<sup>12</sup> Entre otros muchos, Leibholz, Gerhard, *op. cit.*, pp. 90 y 91.

<sup>13</sup> Puede verse Medina, Manuel, “Artículo 1”, en Requejo, Juan Luis (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tribunal Constitucional-BOE, 2001, pp. 72 y 74-78.

Está también muy extendida entre nosotros la caracterización de Kelsen del tribunal constitucional como “legislador negativo”.<sup>14</sup> Pero tampoco me parece que pueda ser aceptada. Le preocupaba al maestro ubicar el nuevo poder dentro de la clásica tríada horizontal de poderes, y trataba de superar dos objeciones clásicas a la jurisdicción constitucional, la soberanía del Parlamento y la separación de poderes. Desde esta perspectiva, afirmará que el órgano al que se confiere el poder de anular las leyes no ejerce verdaderamente una función jurisdiccional, ya que esta labor es semejante a fijar una norma general, y tiene el mismo carácter que su confección; de ahí concluiría que un tribunal con tal poder es un órgano del Poder Legislativo. Y, sólo después dirá, alejado de esa primera preocupación, que la decisión de un tribunal constitucional de anular una ley tiene el mismo carácter que “una ley de derogación u otra ley”, es decir, “un acto negativo de legislación”, y es, por tanto, una función legislativa, lo que justifica que sus miembros sean elegidos por el Parlamento.<sup>15</sup>

En el ordenamiento español, el Tribunal Constitucional no se integra orgánicamente en el Poder Judicial (a diferencia de lo que sucede en Alemania) ni está compuesto exclusivamente por jueces y magistrados de carrera, ni menos aún se ubica dentro de las Cortes Generales, al modo de una tercera Cámara. Desde la óptica funcional, es un órgano jurisdiccional independiente. Y, desde la moderna organización constitucional, el Estado no se articula ya conforme a la vieja concepción tripartita de poderes y funciones,<sup>16</sup> lo que nos solventa el problema ampliando el supuesto marco en el que deberíamos movernos. La posición del Tribunal se explica hoy acudiendo a la categoría de órgano constitucional,<sup>17</sup> un órgano supremo de dirección política de Estado ubicado al margen de los tres poderes clásicos, dotado de autonomía e independencia, y que mantiene relaciones jurídicas

<sup>14</sup> Kelsen, Hans, “La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle)”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1928, p. 224. Revisa esta tesis Aja, Eliseo, VV. AA., *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998, epígrafe “La teoría de Kelsen sobre el Tribunal Constitucional como legislador negativo”, pp. XVII y ss.

<sup>15</sup> Kelsen, Hans, “Le contrôle de constitutionnalité des lois. Une étude comparative des Constitutions autrichienne et américaine”, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 1990, I, pp. 17-30, la cita en p. 20. El original apareció en *The Journal of Politics* en 1942.

<sup>16</sup> Cf., entre otros, García Roca, Javier, “Del principio de la división de poderes”, en VV. AA. *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, México, UNAM-UCM, 2001, t. II, pp. 1087 y ss.

<sup>17</sup> Sobre la construcción de este concepto, García Roca, Javier, *El conflicto entre órganos constitucionales*, Madrid, Tecnos, 1987.

de paridad con ellos, como argumentaron Sandulli en Italia y luego García Pelayo en España.<sup>18</sup>

Por otro lado, las funciones de la jurisdicción constitucional asumen a menudo un papel positivo o creador mediante “sentencias interpretativas”, que usan diversas técnicas,<sup>19</sup> muy distintas de aquellas en las que se declara la nulidad, y tienen simplemente una dimensión negativa. Los efectos generales y de vinculación<sup>20</sup> al legislador que existen incluso en las sentencias de declaración de inconstitucionalidad (artículo 38.1 de la LOTC) hacen que tampoco estas sentencias estimatorias puedan encontrar pleno acomodo en la caracterización como legislador negativo. Si el Tribunal fuera una especie de negativo del legislador, difícilmente podría predicarse la vinculación a su doctrina jurisprudencial.

El Tribunal Constitucional posee, en suma, una doble posición como “órgano constitucional” e “intérprete supremo de la Constitución”. No es un poder constituyente,<sup>21</sup> ni por defecto ni por comisión o delegación, ni tampoco un legislador negativo, pues está sometido al primero, como todo poder constituido, y sólo lo está al segundo cuando desarrolla la reserva constitucional (ex artículo 165 de su Ley Orgánica), y, sobre todo, porque sus funciones creadoras de normas de principio desbordan con creces un rol negativo.

Su función de intérprete supremo de la Constitución tiene una dimensión más libre y positiva, y más jurídica, que la tradicional de “defensa de la Constitución”, que se ha entendido, desde la polémica clásica entre Kelsen y Schmitt, en clave defensiva o reactiva y claramente política, centrada

<sup>18</sup> García Pelayo, Manuel, “El *status* del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, 1981.

<sup>19</sup> Muy analizadas por la doctrina italiana que ha construido una amplia tipología. Entre nosotros, Díaz Revorio, Javier, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Valladolid, Lex Nova, 2001, quien analiza especialmente las sentencias aditivas, y Garrarena, Ángel, “Opacidad y desestimación de la inconstitucionalidad en el fallo de las sentencias interpretativas”, en VV. AA., *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al prof. F. Rubio Llorente*, cit., t. II, pp. 1843 y ss.

<sup>20</sup> Cf., entre otros, Lipsius, Oliver, “La vinculación de las sentencias del Tribunal Constitucional”, *El Cronista (del Estado social y democrático de derecho)*, IUSTEL, junio de 2009, pp. 28-33. Un concepto de origen germánico y que se extiende más allá de la cosa juzgada formal y material y obliga no sólo a las partes, dando a los pronunciamientos un intenso poder interpretativo; que es aún más intenso en España que en Alemania, porque no se circunscribe a ciertos procesos ni al fallo.

<sup>21</sup> Puede verse Pérez Royo, Javier, *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Madrid, Tecnos, 1988, epígrafe “Poder constituyente-legislador-Tribunal Constitucional”, pp. 64 y ss. Entre la doctrina italiana es interesante Cheli, Enzo, *Il giudice delle leggi. La Corte Costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bolonia, Il Mulino, 1996.

en la controversia entre “legalidad” y “legitimidad”.<sup>22</sup> La labor de interpretar la norma fundamental por un tribunal constitucional no se contenta con preservar unos contenidos constitucionales, sino que suministra criterios y principios para su exégesis y la de las leyes.<sup>23</sup>

El Tribunal Constitucional es también un “órgano jurisdiccional”; la obra paciente de un juez que construye y mantiene reglas y principios, y no un árbitro político, por más que se trate de un órgano constitucional ubicado en el flujo de una división de poderes. El control de constitucionalidad es una función materialmente jurisdiccional.<sup>24</sup> La misma existencia de una jurisdicción constitucional presupone una cierta homogeneidad, política y social, de una comunidad, para que el tribunal no llegue siempre demasiado tarde a causa precisamente de su naturaleza jurisdiccional.<sup>25</sup>

Alguna consecuencia debería tener —a mi juicio— esta comprensión de la jurisdicción constitucional en el perfil objetivo y en el currículo que los órganos que los designen, de acuerdo con la Constitución, deberían exigir a los candidatos a magistrados constitucionales para poder actuar como titulares del órgano. No es casual que la Constitución demande el reclutamiento de juristas de reconocido prestigio. Su función jurisdiccional, y el mandato constitucional explícito, reclaman juristas con una suficiente formación teórica, y, por ello, capaces de formular interpretaciones constructivas, de improvisar respuestas jurídicas a problemas con soluciones a menudo no predeterminadas de forma explícita en las normas constitucionales. Y, al tiempo, dotados de suficientes experiencias de Estado; es decir, susceptibles de medir con prudencia y sabiduría las consecuencias de sus decisiones en la vida y los procesos de integración funcional de una comunidad ciudadana. Me temo que no siempre las designaciones hayan estado entre nosotros al nivel de estas altas responsabilidades y de este lógico perfil constitucional que —según hemos visto— emana de las necesidades de subsistencia de la misma jurisdicción.

<sup>22</sup> Zanon, Nicoló, “La polémique entre Hans Kelsen et Carl Schmitt sur la justice constitutionnelle”, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, vol. V, 1989, pp. 177-189, quien subraya las vertientes políticas de la polémica y niega —con brillantez— que hubiera un verdadero debate, pues —dice— sus concepciones no tenían nada en común. También *La polémica Schmit/Kelsen sobre la justicia constitucional: el defensor de la Constitución versus quién debe ser el defensor de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 2009, con estudio preliminar de Giorgio Lombardi.

<sup>23</sup> López Guerra, Luis, *Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, epígrafe “Defensa e interpretación de la Constitución”, pp. 15 y ss.

<sup>24</sup> Medina, Manuel, “Artículo 1”, *cit.*, pp. 72 y ss.

<sup>25</sup> Zanon, Nicoló, *op. cit.*, p. 179.

### III. LA DESIGNACIÓN DE LOS MAGISTRADOS POR OTROS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES Y ENTRE “JURISTAS DE RECONOCIDA COMPETENCIA”<sup>26</sup>

En definitiva, los titulares del órgano deben ser juristas, expertos e independientes, y no políticos. La selección de los magistrados constitucionales es el problema más importante de la jurisdicción, incluso mayor que el progresivo desbordamiento del amparo constitucional que a todos preocupa, y llevó a la reforma de la LOTC en 2007. Es indispensable una selección de buenos magistrados constitucionales a la altura de “encarnar la justicia constitucional”,<sup>27</sup> los titulares del órgano son “la sal de la vida de la jurisdicción”. Los magistrados constitucionales se han convertido, casi, en la representación de las democracias constitucionales.<sup>28</sup> Personifican la última razón de cualquier debate político, tras los parlamentarios, y constituyen un elemento de racionalidad en la solución de los conflictos en la democracia constitucional. Una función integradora que en su elaboración doctrinal arranca de Smend. La democracia constitucional es hoy una democracia en muchos aspectos “judicializada”; y el Tribunal Constitucional juega en ella el papel que en el pasado tuvo el sabio o el sacerdote, lo que entraña una seria responsabilidad social.

Insistiré, pues, en que deberíamos profundizar en un perfil objetivo de los candidatos, a veces perdido en las transacciones entre partidos, que facilite la elevada mayoría cualificada necesaria para su nombramiento, tres quintos<sup>29</sup> en cada Cámara, y que debería estar fundado en la prudencia, su especialización en la jurisdicción constitucional, y su independencia y excelencia como juristas.

<sup>26</sup> Sintetizo también en este epígrafe mi trabajo previo: “La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional en España”, *cit.*

<sup>27</sup> En el mismo sentido, Alzaga, Óscar, “Sobre la composición del Tribunal Constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 10-11, 2002-2003, p. 157.

<sup>28</sup> Constantinesco, Vlad y Pierré-Caps, Stéphane, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF-Thémis, 2004, epígrafes “La jurisdictionnalisation du pouvoir”, “Les formes modernes de control de la loi: la justice constitutionnelle” y “Le pouvoir juridictionnel”.

<sup>29</sup> La mayoría cualificada de tres quintos para nombrar a los magistrados constitucionales por las dos Cámaras de las Cortes Generales requiere “votar con un ánimo diferente” y ponerse de acuerdo sobre jueces, pero este espíritu de 1980 y voluntad de Constitución comenzó a perderse pronto, como recuerda Cruz Villalón, Pedro, “El estado del Tribunal Constitucional”, *Claves de Razón Práctica*, núm. 191, 2009, p. 8. Recordaré que el sentido originario de esas mayorías cualificadas estaba ya claramente explicitado en el diseño inicial del modelo según Kelsen, y que la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán, entre otras, dedica con tino más atención a regular la renovación de los magistrados, fuente habitual de problemas, que la española.

En España se han mezclado en la selección normalmente magistrados constitucionales procedentes de la carrera judicial y de la universidad, con predominio de los segundos, con la excepción de los últimos tiempos. Estas dos extracciones se han revelado complementarias, ya que aúnan, por un lado, la experiencia en la solución de litigios de los jueces, su capacidad para centrar los asuntos, y su conocimiento de la realidad y del ordenamiento jurídico, y, por otro, el oficio como investigadores de los académicos, su mayor formación teórica y sensibilidad política, provechosa para la labor que la interpretación constitucional supone, más cercana a la creación del derecho que al silogismo judicial. Esta adecuada mezcla en la composición del Tribunal no debería desaparecer, pues es uno de sus mejores caudales.<sup>30</sup>

La edad adecuada de los magistrados constitucionales es un tema recurrente, y alguna lección debería extraerse tras la experiencia de muchos nombramientos. La Ley española no reclama más que quince años de experiencia como jurista. Por el contrario, la ley alemana pide que hayan alcanzado los cuarenta años de edad (artículo 3.1 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal) y que se retiren a los sesenta y ocho (artículo 4.3). Pero tampoco en España deberían ser demasiado jóvenes como para estar tentados de ir al Tribunal Constitucional a ganar un prestigio no adquirido previamente, a promocionar sus currículos personales, o a escribir en el *Boletín Oficial* las obras no redactadas antes; los cuarenta me parece una edad demasiado temprana. Ni demasiado cercanos a la edad de jubilación como para desear un retiro dorado, o carecer de las energías que las labores de estudio, inherentes a la interpretación constitucional, reclaman. Es verdad que la edad no es sólo un dato biológico, sino una condición del espíritu, y que no deben hacerse exclusiones fundadas en presunciones *iuris et de iure*. Pero la validez lógica de la recomendación me parece manifiesta.

La Constitución exige que los magistrados constitucionales sean “juristas de reconocida competencia” y vengan elegidos por una mayoría parlamentaria de tres quintos (artículo 159.2, CE); es de dos tercios, aun mayor, la que se exige en Alemania. Recuérdese que en el diseño teórico de Kelsen ambas cosas estaban indisociablemente unidas.<sup>31</sup> Las mayorías calificadas

<sup>30</sup> En el mismo sentido respecto de Alemania, Simon, Helmut, “La jurisdicción constitucional”, *Manual de derecho constitucional*, Marcial Pons-IVAP, 1996, p. 844. Esta combinación —dice— ha permitido compaginar la interpretación judicial con la competencia científica y la sensibilidad política, haciendo algo vivo la ley fundamental.

<sup>31</sup> Kelsen, Hans, “La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle)”, *cit.*, pp. 226 y 227, pensaba que su número debía de ser no muy elevado para poder cumplir una misión de interpretación jurídica, que los modos de reclutamiento debían de estar combinados o repartidos entre diversos órganos, que debía reservarse un lugar ade-

atienden a la búsqueda de un consenso de las fuerzas políticas sobre concretos juristas de verdadero prestigio, dada la *auctoritas* que alguien así debe poseer. Pero sólo funcionó de este modo, entre nosotros, en la primera designación, donde prevaleció una seria voluntad de Constitución, y hace demasiado tiempo que ya no está ocurriendo así.

La cualificación, especialización y confección durante muchos años de un currículum como jurista es un instrumento que tiende a asegurar las notas materiales de imparcialidad e independencia de los miembros del Tribunal para poder cumplir adecuadamente la función de intérprete supremo de la Constitución. Alguien tan autorizado como Gustavo Zagrebelsky —antiguo magistrado constitucional— lo ha explicado con brillantez: “Essere giudici, non propaggini”: ser jueces, no emanaciones —estribaciones o esquejes— del poder. Todo su interesante discurso sobre el Tribunal Constitucional y la política está articulado sobre esta máxima.<sup>32</sup>

Nadie está totalmente desprovisto de simpatías, sensibilidades y prejuicios, y cualquier formación es una deformación; pero el oficio de juez consiste precisamente en distanciarse de los hechos para descontaminarse, y escuchar a las partes antes de emitir un juicio razonado y justo y, cuando ello es posible, de acuerdo con los precedentes. La condición de jurista de reconocido prestigio es un presupuesto ineluctable para obtener un control jurídico de calidad y, en buena parte, previsible. La exigencia de este requisito es consustancial al Estado de derecho. Los candidatos a magistrados constitucionales deberían ser capaces de hacer, en definitiva, tres cosas: distanciarse, como es propio de los buenos juristas independientes; albergar experiencias variadas en fundar sus decisiones en normas, en argumentar en derecho con racionalidad y proporcionalidad, y en manejar muy variadas leyes, así como conocer las líneas principales de la doctrina creada por la jurisdicción constitucional, un legado que deben aplicar y contribuir a mantener o, en su caso, a transformar.

La exigencia constitucional del artículo 159.2, CE, “jurista de reconocida competencia”, no es, pues, una cláusula vacía o de estilo, desprovista de sentido jurídico y político, sino un requisito indefectible, para la buena marcha del Tribunal. Pero su aplicación demanda una seria voluntad de

cuando a los “juristas de profesión” y “especialistas inminentes”, y excluirse a miembros del Parlamento y del gobierno, porque precisamente son a los que tienen que controlar, y que, dado que los especialistas pueden dejarse condicionar por las influencias políticas, es mejor saber de dónde éstas proceden.

<sup>32</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *Principi e voti. La Corte Costituzionale e la politica*, pp. 5 y 116. (Hay traducción posterior al castellano *Principios y votos: el Tribunal Constitucional y la política*, Madrid, Trotta, 2008).

vivir en Constitución y de respeto a los órganos del circuito de garantía; es decir, al Estado de derecho, valorando su decisiva aportación a la división de poderes.

¿Podría el candidato ser un político; alguien directamente procedente del circuito democrático representativo? La Constitución no lo impide, pero no es ése su espíritu. Es verdad que ha habido ejemplos de buenos magistrados constitucionales extraídos de la política (el propio Marshall, que fundó la revisión judicial, es uno de ellos), pero a buen seguro que elaboraríamos una lista más amplia con los casos fallidos.<sup>33</sup> La decisión política y la decisión judicial se fundan en oficios y técnicas muy distintos, especialmente en la argumentación, y, cada vez más, según se acrecienta la complejidad de las reglas y principios jurídicos en que la interpretación constitucional se basa y la sofistificación de los procesos constitucionales, por más que el buen jurista deba ser consciente de las consecuencias económicas y políticas de sus decisiones. No es nada sencillo transitar con prontitud de una forma de argumentar a la otra. Un órgano jurisdiccional, por definición, no puede tomar decisiones políticas como final de procedimientos jurídicos contradictorios tramitados en igualdad de armas entre las partes.

Juristas de reconocida competencia, ¿en qué materias? ¿Puede bastar con saber derecho en cualquiera de sus ramas, aunque estén muy alejadas del objeto de la jurisdicción constitucional? Sinceramente no lo creo, y estimo preciso una especialización conectada con la función que el magistrado deberá cumplir. Lo mismo ocurre, cada vez más, en la propia jurisdicción ordinaria: el juez universal puede no estar ya preparado para enjuiciar litigios cada vez más numerosos y complejos o, al menos, no lo está tanto como el juez especialista. El candidato a magistrado puede que no tenga por qué ser necesariamente un especialista en justicia constitucional; pero, con buena lógica, debería estar suficientemente instruido y provisto de experiencia en las materias de las que la jurisdicción se ocupa: derechos sustantivos y procesales, competencias de los entes territoriales y conflictos derivados del Estado autonómico, así como un muy complejo control normativo; y, por encima de todo ello, conocimientos de interpretación y argumentación constitucionales. Buena parte de las decisiones están fuertemente condicionadas por los precedentes, conforme al principio *stare decisis*, incluso cuando se pretenda modificarlos, pues no basta con orillarlos, sino que es preciso

<sup>33</sup> Constantinesco, Vlad y Pierré-Caps, Stéphane, *Droit constitutionnel*, cit., p. 469, quienes dan noticia del debate suscitado sobre la continuación de las actividades políticas en el Consejo Constitucional francés, tras la elección para la Asamblea Nacional, de Giscard d'Estaing, antiguo presidente de la República.

motivar las razones o exponer los hechos por los cuales no se siguen o se modifican; la creación jurisprudencial del derecho tiene reglas muy específicas, distintas a las que presiden la legislación y, más aún, la política.

Los magistrados, por lo demás, no pueden —ni deben— ser independientes, de sí mismos, de su pasado. Esto sería absurdo, pues la solidez —y flexibilidad— de sus criterios es la principal prueba de su verdadero prestigio y el mejor indicio de una decisión sabia en el futuro. Un buen currículum es la principal garantía de independencia. Debería, eso sí, comprobarse su historial profesional —como juez, investigador o funcionario— en la comparecencia parlamentaria que la LOTC exige (artículo 16.2) para su nombramiento por el Congreso o el Senado y valorarse debidamente, para extraer de forma objetiva su comprensión de la jurisdicción constitucional y conocer y valorar su actitud, imparcial y flexible, ante los litigios que previsiblemente deba enjuiciar.

No creo, en cambio, que el problema esté en el procedimiento de elección. El nuestro no es malo. La Constitución divide su selección (artículo 159.1, CE) entre cuatro órganos constitucionales: dos magistrados elegidos por el gobierno y otros dos por el Consejo General del Poder Judicial, y dos bloques de cuatro elegidos, tanto por el Congreso de los Diputados como por el Senado. Por consiguiente, la designación está repartida entre una pluralidad de órganos constitucionales, como sugería asegurarse Kelsen. El sistema español de elección es, sobre todo, de inspiración italiana: tres tercios de cinco magistrados elegidos respectivamente por el presidente de la República, el Parlamento en sesión conjunta, y el Consejo Superior de la Magistratura; y, en parte, alemana, donde ambas Cámaras eligen a los magistrados por mitades.

Se prevén elecciones y renovaciones parciales y escalonadas cada tres años, para impedir bruscas renovaciones del órgano y, en consecuencia, de sus orientaciones.

Y se otorga al magistrado un largo mandato de nueve años (lo mismo que en Francia o Italia; son doce en Alemania), sin posibilidad alguna de su revocación anticipada por la voluntad de quienes le eligieron, lo que debería bastar para asegurar la independencia de los titulares del órgano. Un nombramiento vitalicio, sin limitación temporal alguna, y “mientras observen buena conducta”, al modo de los Estados Unidos, no me parecería oportuno, pues más de nueve años, en juristas que tienen más de mediana edad, parece demasiado tiempo para el intenso trabajo que, se espera, cumplan.

Los problemas no estimo que estén en las reglas, sino en su aplicación: es menester tomarse en serio por las personas que realmente seleccionan los candidatos dentro de los partidos, normalmente situados fuera de los

órganos que formalmente los designan, la exigencia constitucional de ser un “jurista de reconocida competencia”. Se hace precisa en el designado la *auctoritas* de los romanos, alguien respetado entre sus iguales y por las fuerzas políticas, sobre cuya personalidad pueda vertebrarse la mayoría cualificada de tres quintos, y que por su competencia, mérito y capacidad pueda generar confianza y consenso.

En segundo lugar, desde esta perspectiva realista, propia del Estado de partidos, parece inevitable que la elección se inserte en la dinámica entre mayoría y minorías; ésa es nuestra experiencia. El funcionamiento real de la elección se ha transformado en una convención no escrita, el *reparto de cuotas*, respecto de los dos bloques de cuatro magistrados de elección parlamentaria:<sup>34</sup> la mayoría propone dos; la minoría mayoritaria, uno, se negocia el cuarto, y los partidos nacionalistas tienen un poder de voto. Sin embargo, quizá el mismo esfuerzo para negociar el cuarto magistrado permitiría elegir del mismo modo los otros tres, dando prioridad a la cualificación técnico-jurídica de los propuestos, y aceptando —si se quiere— vetos recíprocos de los candidatos más directa y políticamente vinculados a un partido o menos cualificados técnicamente.<sup>35</sup> El voto o exclusión, por paradójico que resulte, podría usarse en aras de “asegurar un auténtico compromiso constitucional” sobre quienes ocupan el cargo de magistrado y su calidad profesional.<sup>36</sup> Es, por lo demás, en la práctica determinante el papel del gobierno, no sólo respecto de los dos magistrados que él mismo designa, sino en la negociación en esos dos otros bloques.

Debería evitarse en provecho de todos el etiquetaje político de los magistrados. Un tribunal constitucional no puede funcionar como una cámara dividida en grupos parlamentarios, estables y sometidos a una lealtad y disciplina internas. No funcionó así en varias de las mejores presidencias donde las mayorías variaban en las votaciones. Las opiniones y decisiones de los magistrados constitucionales son individuales.<sup>37</sup> Los magistrados no representan a quienes los eligieron, ni existe una relación bilateral de confianza, sino, antes al contrario, debería producirse lo que se ha llamado en Estados Unidos un “deber de ingratitud”, a la hora de marcar un margen de

<sup>34</sup> Alzaga, Óscar, *op. cit.*, p. 175.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 179.

<sup>36</sup> Esta es la propuesta de Pérez Tremps, Pablo, “Las perspectivas del sistema de justicia constitucional en España”, *Foro Constitucional Iberoamericano*, revista electrónica, núm. 5, 2004, pp. 8 y 11, coincidente con la de Óscar Alzaga.

<sup>37</sup> Se advierte mejor en el sistema norteamericano con decisiones individuales (*opinions*), sean concurrentes o disidentes.

independencia.<sup>38</sup> Tampoco están sometidos a ninguna disciplina de grupo. También en Italia ha surgido un sistema de cuotas, pero allí resulta atemperado por los magistrados que elige el presidente de la República normalmente entre juristas prestigiosos; una posibilidad que en España no existe.

Al discutirse la reforma de la LOTC antes de 2007,<sup>39</sup> contemplé, como una demanda adecuada a la estructura descentralizada del Estado autonómico, la propuesta de introducir la participación de las asambleas de las comunidades autónomas en la elección de los magistrados constitucionales a través del Senado. La enmienda iba en la línea de reformar el Senado, para hacer de él una verdadera Cámara de interconexión de políticas y representación territorial. Me parecía una buena técnica federal de integración de las comunidades autónomas en órganos conjuntos y multilaterales. El Tribunal Constitucional —pensé— debía adecuarse a la estructura cada vez más federal del Estado autonómico, como lo estaba haciendo ya el Poder Judicial en las reformas en marcha en los nuevos estatutos de autonomía. La medida reforzaría la legitimidad<sup>40</sup> del Tribunal —discutida por algún partido nacionalista—, y, como toda participación,<sup>41</sup> probablemente contribuiría a integrar a las comunidades autónomas en el sistema.<sup>42</sup>

Finalmente, el nuevo artículo 16.1 de la LOTC, en la modificación operada por la Ley Orgánica 6/2007, estableció que los magistrados propuestos

<sup>38</sup> Puede verse Zagrebelsky, Gustavo, *Principî e voti. La Corte Costituzionale e la politica*, cit., pp. 51-58, “Una Corte a gruppî?”.

<sup>39</sup> García Roca, Javier, “La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional en España”, cit.

<sup>40</sup> Es muy conocido que el gobierno vasco decidió no volver a acudir al Tribunal Constitucional en 1990, y hay toda una teorización en el PNV detrás, impugnando su legitimación, por infundada que sea. Y no volvió a hacerlo hasta el recurso contra la Ley de Partidos Políticos y el conflicto sobre la disolución de *Herri Batasuna*. Deberíamos lograr salir de este callejón cerrado.

<sup>41</sup> En cambio, el gobierno catalán de mayoría nacionalista fue normalmente actor de los procesos constitucionales e hizo propuestas de reforma de la jurisdicción con un talante integrador —por discutibles que algunos les parezcan—, como son la participación de las comunidades autónomas en la designación de magistrados, o la modificación del conflicto de competencias negativas para poder ser actor del mismo, rompiendo el monopolio que ahora mismo ostenta el gobierno, carente de toda lógica procesal. Convergència i Unió ha presentado en dos ocasiones proposiciones de ley de reforma de la LOTC en este extremo, y enmiendas al proyecto de 2006. Ambas propuestas me parecen sensatas. A favor de la segunda me he mostrado partidario de forma razonada en varios de mis trabajos sobre conflictos, al igual que Germán Fernández Farreres.

<sup>42</sup> Pedro Cruz Villalón, *op. cit.*, p. 10, sin embargo, ha dicho más tarde y a la vista de los hechos, que “mayoría cualificada y elección en doble grado se excluyen mutuamente”, pues la primera requiere partir de un número lo más elevado posible de candidatos. La experiencia adquirida parece estar dándole la razón.

por el Senado serán elegidos entre los candidatos presentados por las asambleas legislativas de las comunidades autónomas, reenviando al Reglamento de la Cámara para arbitrar un sistema. Pero la aprobación de este modelo sólo con el apoyo de pequeñas minorías y no de la oposición mayoritaria; es decir, la falta de consenso sobre la oportunidad de la reforma entre los dos grandes partidos (PSOE y PP), ha producido una aplicación viciada y obstaculizadora, que me temo pueda haberse cargado la reforma antes de la primera designación. Una lección deberíamos extraer: las reglas constitucionales del juego deberían ser siempre suficientemente consensuadas.

En efecto, el PP presentó como candidatos a las dos mismas personas por varias de las asambleas territoriales en las que su grupo parlamentario era el mayoritario, lo que rompía con la sensibilidad territorial de esas propuestas y con la misma lógica descentralizadora, de abajo a arriba, del nuevo sistema que inspiraba la reforma; bloqueando, además, la misma posibilidad de un consenso parlamentario en las designaciones, pues alguno de los dos candidatos propuestos era manifiestamente “inasumible”, ya que carecía —por su juventud y falta de currículo— de la condición de jurista de reconocido prestigio, y hasta incluso de los quince años de experiencia como juez (de no computarse el tiempo fuera de la carrera judicial en un cargo político), según reflejó un informe emanado por los servicios jurídicos de la Cámara. En consecuencia, la presidencia del Senado detuvo las votaciones sobre las propuestas de designación. En este *impasse* aún estamos hasta que la decisión por sentencia sobre la constitucionalidad del Estatuto de Cataluña reabra las negociaciones, más de dos años después de cuando debieron designarse los nuevos magistrados por el Senado.

Previamente, el Grupo Popular recurrió esta modificación legal sobre la participación de las comunidades autónomas en la elección de los magistrados constitucionales por el Senado. La reforma fue considerada constitucional por el Tribunal en la STC 49/2008, del 9 de abril, que desestimó la tacha de interdicción de la arbitrariedad y de violación de las reservas de LOTC y de Reglamento parlamentario, pero la sentencia ostenta varios votos particulares, lo que avivó la polémica y la confusión. Luego en la STC 101/2008, del 24 de julio, se analizó la complementaria reforma del Reglamento del Senado, y se estimó también constitucional mediante una sentencia interpretativa, que, de nuevo, albergó votos particulares.

En resumen, un ejemplo poco edificante y menos aún en este contexto de derecho comparado, que muestra la necesidad de volver al modelo del amplio acuerdo institucional con el que se efectuaron los primeros nombramientos de los magistrados constitucionales, y buscar personas, con distintas formaciones y sensibilidades, pero todas ellas juristas de reconocido presti-

gio y expertas en la jurisdicción. Un modelo más acorde con el diseño de la Constitución y que, con el tiempo y el trabajo, acaso permitiría recuperar la eficacia y el prestigio de la institución, muy deteriorados en los últimos tres años, desaprovechando la herencia de un valioso caudal de décadas.

Si no fuera posible, como segunda mejor opción, acaso valiera con utilizar mejor el veto dentro del sistema de cuotas, para favorecer el compromiso y la calidad técnica e independencia de los elegidos, según han propuesto Óscar Alzaga y Pablo Pérez Tremps. Sin una mayor especialización de los elegidos, es muy difícil que la jurisdicción mejore y que podamos salir de la espiral de retrasos y dilaciones indebidas y sentencias discutibles.

El número *de doce* magistrados está en la media europea (son quince en Italia), y no me parece necesario que sea incrementado ni rebajado. Cuanto mayor sea el colegio plenario, más lenta sería la deliberación, y previsiblemente menor el número de decisiones que se adoptarán, ya que se trata de un debate extremadamente técnico, no sólo sobre principios generales, sino a veces pormenorizado en muchos artículos, al menos en vía de control normativo, y, en consecuencia, articulado en torno a los largos fundamentos de un proyecto de sentencia; un tipo de debate que no se presta a la discusión entre muchos.

El principal problema reside en que el número par de magistrados aboca, según la Ley, al voto de calidad del presidente en caso de empate (artículo 90.1 de la LOTC). Debe entenderse como una regla según la cual en el pleno de doce o en las dos Salas de seis magistrados (artículos 7o. y 8o. de la LOTC) —en las secciones no puede tener funcionalidad alguna dado su número impar de tres—, prevalece, si hubiera empate, la decisión del bloque en el que se encuentra el presidente. Es una muestra del principio de dirección presidencial que la Constitución y la Ley Orgánica asumen, y podría pensarse que es la solución menos mala. En sentencias de declaración de inconstitucionalidad, ciertamente, podría haberse optado por la prevalencia de la presunción de constitucionalidad de la ley, una “no decisión” antes que una solución negativa. Mas esta respuesta no valdría ni en los amparos ni en los conflictos donde es preciso, cuando menos, bien otorgar la titularidad de las competencias bien estimar o desestimar la demanda, extremos que reclaman adoptar una decisión.

Muy criticado ha sido el ejercicio del voto de calidad para deshacer empates en decisiones ubicadas en claros enfrentamientos políticos. El delicado caso RUMASA, STC 111/1983, situó al presidente García Pelayo en el ojo del huracán de algunos medios de comunicación social, al salvar la validez de la expropiación, pues recibió injustas críticas y desproporcionados ataques personales. Este tipo de críticas personales y excesivas entrañan

un coste muy difícil de pagar con un sueldo. Muy polémico fue también su empleo por el mismo presidente, que apoyó la inconstitucionalidad por motivos formales o de procedimiento, en la no menos controvertida STC 53/1985 sobre la constitucionalidad de la ley que despenalizaba el aborto en ciertos supuestos. Desde estos dos casos, la técnica se ha usado en contadas ocasiones.<sup>43</sup> Esta potestad que se otorga por la ley al presidente lo hace extremadamente vulnerable ante la opinión pública, desapoderado de la cobertura de la colegialidad en aquellos litigios con mayor dimensión política, y por ello es razonable esperar que explore previamente otras soluciones antes de arriesgarse a inmolarse.

La reforma procesal de 2007 parecía posible antes de esas fechas, pero su *iter legislativo* por las Cortes Generales era aún de resultados inciertos. No en balde llegó a estar detenido durante mucho tiempo,<sup>44</sup> y sólo se desatascó al debatirse la llamada “enmienda Casas” sobre la prórroga del mandato de la entonces presidenta del Tribunal Constitucional, que estaba prorrogada en sus funciones como magistrada, ante la falta de acuerdo político en la renovación parcial de un tercio de los magistrados constitucionales, pero cuyo mandato como presidenta caducaba por falta de previsión legal. Finalmente, se alcanzó el consenso parlamentario necesario para aprobar una reforma estructural, largamente demandada por la propia institución y por la inmensa mayoría de la doctrina, pero por razones coyunturales, en virtud de la conveniencia de que la presidenta se prorrogara también dirigiendo las deliberaciones del alto tribunal respecto del Estatuto de Cataluña. Un uso de la institución cuya validez era en esos momentos contestada, y que por ello fue codificado en el actual artículo 16.3, LOTC. Pero, lamentablemente, olvidándose de afrontar una renovación tempestiva por el Senado.

#### IV. RENOVACIÓN PARCIAL, DILACIONES Y PROROGACIÓN

La Constitución (artículo 159. 3 y disposición transitoria novena) manda que los miembros del Tribunal Constitucional se renueven de forma parcial y escalonada, por tercios, cada tres años. Uno de los mayores problemas de la jurisdicción constitucional han sido los serios *retrasos* en las renovaciones de los magistrados por parte de los órganos encargados de elegirlos, particularmente Congreso y Senado. Los partidos tienden a acometer la

<sup>43</sup> Véase la reseña que hace Germán Fernández Farreres, “Artículo 90”, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, cit., pp. 1364 y ss.

<sup>44</sup> El proyecto de Ley Orgánica de reforma se publicó en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, serie A: proyectos de ley, del 25 de noviembre de 2005 ([www.congreso.es](http://www.congreso.es)). Posee algunas importantes diferencias con la ley aprobada.

renovación en el momento políticamente más oportuno para sus intereses, así como a hacer una “cesta institucional” con las renovaciones de varios órganos, de entre los que deben ser elegidos, muy diferentes entre sí en su naturaleza y funciones. Un fenómeno que podríamos llamar “lotización”<sup>45</sup> (*lottizzazione*), y que consiste en desnaturalizar la lógica de las mayorías cualificadas, basadas en acuerdos, transformándolas en cuotas separadas de poder, y devaluando su sentido jurídico. La lotización y/o la cesta institucional han acabado por imponerse como regla en la práctica, y simplemente se discute actualmente si un partido puede vetar los candidatos del otro que estime menos aceptables. Mas la primera elección del Tribunal Constitucional se hizo con voluntad de Constitución, cumpliendo el espíritu de las mayorías cualificadas, que es buscar expertos independientes, lo que demuestra que la que es la mejor solución jurídica, y la más adecuada a la Constitución, no resulta inviable.

La Ley (artículo 17, apartado 1o., de la LOTC) manda que el presidente advierta con cuatro meses de anticipación a los presidentes de aquellos órganos sobre la necesidad de iniciar los procedimientos de elección, y —trasplantando la técnica italiana— prevé la *prórroga* en el ejercicio de sus funciones de los viejos magistrados, hasta la toma de posesión de los nuevos (apartado 2o.). La situación de incertidumbre y dilaciones —a veces más de dos años—, producida por la falta de renovación en tiempo, atenaza a la institución y deteriora su legitimidad. Éste es un resultado constitucionalmente inadmisible. ¿Qué podría hacerse? Temo que estos problemas propios del deterioro de algunos Estados de partidos sólo puedan solucionarse con respuestas en el mismo terreno, el de una renovación de la cultura política, que pasen por valorar la función del circuito de garantías, pero algunos dirigentes parecen dudar hoy de este entendimiento. El derecho constitucional tiene sus evidentes limitaciones a la hora de controlar al poder. No obstante, la doctrina científica se ha esforzado en sugerir tres posibles reformas legales como alternativa.<sup>46</sup> Y yo mismo apuntaré una cuarta que complementa la tercera, en parte como provocación intelectual para contribuir a salir de esta situación de degradación institucional.

<sup>45</sup> También “lotificación”. El DRAE parece admitir ambas expresiones como modismos en Iberoamérica.

<sup>46</sup> Arozamena, Jerónimo, “Organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional: balance de quince años”, en VV. AA., *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, Madrid, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, 1995, pp. 48 y ss. La propuesta de elección por parte del propio Tribunal Constitucional fue también defendida en los medios de comunicación por el presidente Tomás y Valiente ante el bloqueo de 1992 y tras cien días de incumplimiento del plazo legal (editorial de *El País*, 2 de junio de 1992).

La primera consiste en entender automáticamente renovados para otro mandato a los magistrados salientes, lo que pugnaría con la limitación temporal del mandato ex artículo 159.3, CE, requeriría una reforma constitucional y, además, permitiría que algunos magistrados desempeñaran el cargo dieciocho años, un periodo excesivo.

La segunda propuesta aboga por permitir, transcurrido un tiempo legalmente fijado, hacer una propuesta por parte del propio Tribunal Constitucional,<sup>47</sup> al órgano a quien corresponda la designación, pero creo que podría llegar a entenderse por muchos como una endogamia o corporativismo de la institución.

Igualmente, podría pensarse —con mejor tino— en derogar la *prorogatio* prevista en el artículo 17.2 de la LOTC, habida cuenta de que esta herramienta, que fue pensada para amortiguar los efectos de las dilaciones, no ha hecho sino acrecentarlas, al desaparecer toda limitación temporal para gestionar el consenso. La prórroga en el ejercicio de sus funciones por los magistrados constitucionales “hasta que hayan tomado posesión quienes hubieren de sucederles” (artículo 17.2), no es lo mismo que “indefinidamente hasta que se nombren en cualquier momento quienes hubieren de sucederles”, como ha acabado por ocurrir.

Si se suprimiera la prórroga, los órganos constitucionales encargados de hacer las propuestas de nombramientos al rey deberían asumir su seria responsabilidad política directamente ante la opinión pública, al bloquear el funcionamiento normal de una institución tan importante para la división de poderes, y no ser capaces de hacer las designaciones tempestivamente tras cuatro meses desde el requerimiento presidencial. Un tiempo más que suficiente para alcanzar acuerdos cuando la voluntad de Constitución existe.

Una interesante polémica doctrinal se ha producido al respecto, entre otros, por los profesores Santamaría y Aguiar.<sup>48</sup> Sostiene Santamaría que la enconada confrontación entre los partidos políticos ha tenido, entre sus consecuencias indeseadas, la imposibilidad de renovar a los órganos cons-

<sup>47</sup> En Alemania, el Ministerio Federal de Justicia elabora una lista de candidatos (artículo 80. de la Ley del Tribunal Constitucional Federal), que es completada, si hubiera dificultades, por recomendaciones —no vinculantes— del propio Tribunal. También se ha discutido en los años cincuenta la propuesta de que bastara con mayoría simple en segunda vuelta, siendo rechazada al parecer, entre otras razones, por la protesta pública que la tesis generó. Simon, Helmut, *op. cit.*, p. 843.

<sup>48</sup> Pueden verse los términos de la polémica en Santamaría Pastor, Juan Alfonso, “La *prorogatio* de los órganos constitucionales. Apuntes mínimos sobre un tema que no lo es”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 84, 2008, pp. 11-26; y Aguiar, Luis, “Una nueva reflexión sobre la *prorogatio* de los órganos constitucionales. Una discrepancia y algunas puntualizaciones a J. A. Santamaría” en la misma revista, núm. 85, 2009, pp. 83-98.

titucionales. La causa es, pues —subrayaré—, exógena al sistema. Advierte que la *prorogatio* de los titulares de un órgano hasta la constitución del nuevo parece venir fundada en la deseable continuidad de los órganos constitucionales, pero debería verse sometida a lógicas excepciones, derivada de la necesaria temporalidad de los cargos; por eso está presente sólo excepcionalmente en la Constitución para el gobierno en funciones y para las Cámaras a través de la diputación permanente (artículos 101.2 y 78.3, CE), precisamente, con la finalidad de limitar sus competencias, y no existe previsión alguna para el Tribunal Constitucional. La solución de la LOTC no es la única posible, pues la propia Ley Orgánica del Defensor del Pueblo (artículo 5.4) prevé un sistema de sustitución del Defensor por sus adjuntos de no ser designado uno nuevo en tiempo. Y razona que la idea de continuidad de los servicios públicos esenciales para la comunidad, según el derecho administrativo, podría no ser inmediatamente extrapolable a los órganos constitucionales. Finalmente, denuncia los usos perversos que el uso indebido de la *prorogatio* produce: tiende a retroalimentarse aceleradamente, por su bajo coste, con el fin de esperar los partidos a poder designar magistrados afines. En otras palabras, es una invitación permanente a la falta de acuerdo y a encasillarse en posiciones cerradas en la negociación; deslegitima seriamente las decisiones del órgano en que los magistrados indebidamente prorrogados se mantienen; y esta interinidad acaba por afectar al funcionamiento normal del propio órgano prorrogado. Por todo ello, concluye invitando al legislador al experimento de suprimir la prórroga, admitiendo que no puede ofrecerse seguridad de que todas las disfunciones desaparezcan con este mensaje disuasorio, pero recuerda la necesidad, también en la política, del juego de prueba y error. Hasta aquí la posición de Santamaría, que no puedo sino compartir, por su compromiso con un espíritu de regeneración democrática de las instituciones frente a los vicios e inercias actuales.

Por su parte, Aguiar, tras compartir el diagnóstico de esos efectos perversos, recuerda que la Constitución prevé también la prórroga de los vocales del Consejo General del Poder Judicial (artículo 115.1, CE) y que la única posibilidad que resta a los titulares no renovados sería presentar la renuncia al cargo. Pero, sobre todo, matiza o puntualiza que podría ser excesiva la supresión generalizada, pura y simple, de la *prorogatio*, y advierte del riesgo bien de la paralización de algunas otras instituciones o, en el caso del Tribunal Constitucional, de que continuara funcionando con un *quórum* de dos tercios de sus miembros (artículo 14, LOTC). Ante esta situación, se sugiere que la propuesta de supresión de la prórroga se complemente con otras medidas legales más matizadas, como puede ser que ese Tribunal Constitucional “reducido” no pudiera tomar decisiones sobre recursos de inconstitu-

cionalidad o conflictos de competencia en los que hubiera de sentar nueva doctrina.

Ninguna de las tres soluciones hasta aquí expuestas, pese a sus matizadas, es óptima, y temo que sigamos como estamos, pues no advierto indicio alguno de recuperación del consenso imprescindible para gestionar las direcciones políticas de Estado.<sup>49</sup> Sin embargo, desde la lógica constitucional, no puede aceptarse que pueda continuar parándose el calendario. Los magistrados no renovados en tiempo deberían plantearse sencillamente su renuncia desde su compromiso con los principios y valores constitucionales.

Me atreveré a formular una cuarta propuesta algo más radical en cuanto afronta el problema desde su raíz.<sup>50</sup> Quizá habría que concluir que ya se ha experimentado suficientemente que es una operación política de riesgo renovar escalonadamente los magistrados constitucionales cada tres años, y es normal comenzar a pensar que este aventurado trance no puede asumirse con tanta frecuencia por las Cámaras. No habría entonces más salida que nombrar a los doce magistrados a la vez, cada nueve años, y confiar en que los partidos, por su propio interés privado, se esforzarán en consensuar sus propuestas sobre concretas personas a la altura moral e intelectual de la titularidad de tan alta jurisdicción. La oportunidad del argumento debe verse desde el realismo, porque un partido puede estar tentado de esperar en el proceso de renovación si vislumbra una situación más favorable, según sus expectativas o predicciones electorales para tres años más tarde; pero difícilmente podrá imaginar cómo estará su poder electoral en escaños nueve años después, lo que quizás pueda impulsarle a actuar de manera más razonable u objetiva en provecho del interés general y del suyo propio a la vez, para no arriesgarse a recibir decisiones de magistrados escasamente preparados, imparciales e independientes.

Un último obstáculo resta, pues podría volverse también en un sistema de renovación conjunta a una nueva situación de *prorogatio* indefinida ante la inactividad parlamentaria. Por eso, la propuesta de suprimir la renovación escalonada y sustituirla por un nombramiento al tiempo de todos los

<sup>49</sup> En el mismo sentido, Pérez Royo, Javier, “Operación cuasi constituyente”, *El País*, 22 de noviembre de 2008, p. 16, donde se explicita que la renovación inapropiada de los órganos constitucionales, Tribunal Constitucional y Consejo General del Poder Judicial, es un “indicador de mala salud democrática”.

<sup>50</sup> La tesis se insinúa, con la autoridad de un antiguo presidente y manifiesta sensatez, sin llegar a desarrollarla, por Pedro Cruz Villalón, quien ha escrito (*op. cit.*, p. 8) que el mecanismo de la renovación parcial de cuatro magistrados cada tres años ha demostrado ser un “error colosal del constituyente”, tal y como han evolucionado las cosas, pues hace demasiado visibles los períodos de renovación y su importancia política en la mayoría, impidiendo que se desarrolle la vida del Tribunal como un *continuum*.

magistrados debería inevitablemente acompañarse con la supresión de la prórroga para que pudiera ser efectiva.

El coste de esta hipotética reforma —tampoco exenta de riesgos— estaría en el riesgo de renovaciones tan bruscas de la institución, como en la composición del órgano. Pero no necesariamente una cosa debería llevar a la otra; si la designación conjunta produce una selección de magistrados de calidad, adecuados a un perfil objetivo, no sería probable tal cosa por su misma formación y oficio fundado en el respeto a la jurisprudencia y a las reglas habituales para su modificación.

Pero, qué duda cabe que la solución mejor y más sencilla sería recuperar el consenso parlamentario en las designaciones en torno a las mayorías cualificadas, que operó en la selección del primer Tribunal Constitucional.

## V. INVOLABILIDAD

Respecto de la inviolabilidad de los magistrados constitucionales,<sup>51</sup> el artículo 22 de la LOTC dice, desde 1979, que los magistrados “ejercerán su función de acuerdo con los principios de imparcialidad y dignidad inherentes a la misma; no podrán ser perseguidos por las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones...”. La reforma de la LOTC de 2007 añadió que no podrán ser “*encausados* ni perseguidos por las opiniones expresadas y votos emitidos en el ejercicio de sus funciones”. Las cursivas incorporadas al texto muestran el muy restringido alcance de las modificaciones, pese a lo que sus críticos sostuvieron entonces.

Existe un acuerdo doctrinal (Crisafulli, Mortati, García Pelayo...) respecto de que esta garantía de la inviolabilidad procede de la extensión a los magistrados constitucionales de una prerrogativa parlamentaria. No es una técnica originaria de la Ley española ni un ejemplo aislado en Europa. La Ley constitucional italiana de 1948 reconoce que los jueces constitucionales gozan de la inmunidad accordada por la Constitución para los miembros de las Cámaras, y la Ley de la Corte Constitucional de 1953 afirma que no son “sindacabili” (controlables, juzgables), “ni pueden ser perseguidos por las opiniones expresadas y los votos emitidos en el ejercicio de sus funciones”. Es fácil pues encontrar el rastro de donde procede nuestra Ley y su reforzamiento en la reforma de 2007.

Podría pensarse que esta prerrogativa reclama un anclaje constitucional semejante al que posee el artículo 71.1, CE, para diputados y senadores, ya

<sup>51</sup> Una primera versión de este epígrafe en García Roca, Javier, “La inviolabilidad de los magistrados del Tribunal Constitucional”, *Derecho y Jueces*, año 5, núm. 30, enero de 2006, pp. 1 y 2.

que supone una excepción a la igualdad de los españoles ante la ley (artículo 14, CE), y concluir que tal excepción tiene un déficit de fundamento en normas constitucionales. Ciertamente, no sería ocioso que se recogiera en el artículo 159.5, CE, pero su inclusión en la LOTC no creo que haga la medida inconstitucional, pues se halla en una fuente del derecho que se incardina directamente en la Constitución e integra el bloque de la constitucionalidad. Pero, de haberse caído en la cuenta, hubiera sido mejor su previsión en la propia Constitución, y no sería ocioso que se hiciera aprovechando la oportunidad de alguna reforma constitucional.

La justificación de la inviolabilidad —estimo— se encuentra en que las decisiones del Tribunal Constitucional no tienen “necesariamente” que “ajustarse a Derecho” (como erróneamente decía el Informe sobre el anteproyecto de reforma de la LOTC de 2007 emanado en su día por el Consejo General del Poder Judicial), sino “sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica”, según manda el artículo 1.1 de la LOTC, pues de otra manera difícilmente podría ejercer su función de intérprete supremo de la Constitución. Es evidente que el Tribunal debe cumplir el resto del ordenamiento jurídico tanto como que puede anular cualquier ley que controle (artículo 164.1, CE) sin sentirse vinculado por ella. No está pues sometido, en sentido estricto, al imperio de la ley como, en cambio, sí lo están los órganos del Poder Judicial (artículo 117.1, CE). Ésta es la razón de la diferencia en este elemento de su estatuto entre los magistrados constitucionales y los miembros de la carrera judicial y, en especial, los magistrados del Tribunal Supremo. Un órgano judicial es independiente, porque aplica decisiones predeterminadas en las leyes. Un Tribunal Constitucional es un órgano constitucional y jurisdiccional que participa en la dirección política del Estado, y es como tal portador de una acusada politicidad, puesto que incide en la creación del derecho a través de una interpretación constitucional constructiva de normas tanto como cuando expulsa la norma de una ley del ordenamiento jurídico. Ésta es, también, una actividad de riesgo que reclama de unas garantías que permitan a sus magistrados cumplir con independencia sus funciones, asegurándonos de que no puedan ser perseguidos ni política ni judicialmente —procesados o encausados— por sus opiniones o sus votos a instancias de las sucesivas mayorías.

No se trata de un privilegio subjetivo de los titulares, sino de una garantía objetiva en provecho de la institución, y que debe ser interpretada de manera estricta. Su contenido debe proyectarse sobre el ejercicio de las funciones del órgano, y no estimo que pueda abarcar —no tenemos precedentes al respecto— opiniones no vertidas en autos y sentencias fuera de la sede del Tribunal Constitucional, como, *v. g.*, puede ocurrir con declaracio-

nes ante los medios de comunicación social, la redacción de libros o artículos e intervenciones públicas en conferencias y seminarios. De manera que la libertad de expresión de los magistrados constitucionales debería resultar razonablemente restringida mientras ejerzan esta alta magistratura, y, en consecuencia, deberían practicar la autocontención y la prudencia en sus declaraciones orales o escritas. Pero qué duda cabe de que los “votos emitidos” deben venir cubiertos como elementos integrantes de la decisión del proceso (artículo 86 de la LOTC). Tampoco puede pensarse que sea una irresponsabilidad absoluta, pues la propia LOTC (artículos 23.1 y 26) contempla responsabilidades disciplinarias y criminales.

A mi entender, el primer conflicto realmente improcedente entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, un salto cualitativo, dentro de la exageradamente denominada en Italia “Guerra de las Cortes”, y una transgresión de la inviolabilidad que se reseña, es el que creó la STS, Sala Primera, del 23 de enero de 2004. En ella se produjo una condena por responsabilidad civil de los magistrados constitucionales, derivada de culpa extracontractual, ante la falta de la diligencia debida de aquéllos, por incumplimiento del deber de resolver, todo ello debido nada menos que a inadmitir en una providencia, sucintamente motivada, un recurso de amparo, de manera —se decía— negligente. Si bien, en la realidad, se trataba de una demanda, no sólo desprovista de contenido constitucional, sino redactada en un tono ofensivo hacia el Tribunal Constitucional, e impertinente.

Actuando de este modo, creo que la Sala Primera del Tribunal Supremo invadió indebidamente, pues carecía de competencia para ello, la defensa de una jurisdicción constitucional que no era la suya, y otorgó una indemnización por un daño que no era capaz de probar, pues, motivada suficientemente o no, la necesidad de la inadmisión de la demanda de amparo no era constitucional o legalmente discutible, y si el amparo era en todo caso inadmisible, ¿dónde se producía el daño? La inviolabilidad de los magistrados constitucionales, en los términos en que se ha expuesto, resultó transgredida. No obstante, un razonable voto particular discrepante de aquella mal motivada sentencia civil salvó la racionalidad de la Sala. Da la sensación de que también las instituciones en ocasiones actúan, como las personas, padeciendo sus titulares mecanismos psicológicos harto complicados...

Esta absurda condena civil fue el detonante de la explosión que estuvo en un primer momento en el origen de la modificación de la LOTC en 2007 con la finalidad de garantizar la inviolabilidad de los magistrados constitucionales y la independencia de su jurisdicción frente a los tribunales ordinarios.

Las principales medidas adoptadas al respecto fueron tres:

- Las llamadas —y muy discutibles— “anulaciones en defensa de la jurisdicción del Tribunal Constitucional” (artículo 4o. de la LOTC).<sup>52</sup>
- Como adecuada compensación, la correcta prohibición legal de formular juicios de valor en las sentencias constitucionales sobre la labor de los órganos jurisdiccionales, limitándose a otorgar o denegar el amparo y exigiendo que “se abstenga de cualquier otra consideración sobre las actuaciones de los órganos jurisdiccionales” (artículo 54).
- Y la muy moderada extensión de la inviolabilidad de los magistrados que se acaba de reseñar (artículo 22).

Estos hechos fueron la causa de la aprobación del acuerdo del Pleno del Tribunal Constitucional, del 3 de febrero de 2004, sobre invasión de la jurisdicción constitucional, en el que se da respuesta a la Sala Primera del Supremo, y se declara que las resoluciones dictadas en los recursos de amparo no pueden ser enjuiciadas por ningún órgano del Poder Judicial “dado que sólo a este Tribunal corresponde resolver tales recursos”; y se afirma que el enjuiciamiento de las resoluciones recaídas en recursos de amparo, por vía de responsabilidad civil, constituye una invasión de la jurisdicción, “exclusiva y excluyente”, del Tribunal Constitucional.

## VI. RECUSACIONES Y ABSTENCIONES

Todavía más importante me parece subrayar los problemas que hemos tenido con un obsoleto sistema legal de recusaciones de los magistrados constitucionales, que hace imprescindible una nueva ordenación más adecuada a la naturaleza de la jurisdicción constitucional. En efecto, un episodio constitutivo de una verdadera pesadilla en sede constitucional son la larga serie de recusaciones de magistrados en las que se ha tratado de alterar

<sup>52</sup> El actual artículo 4o. de la LOTC establece que las resoluciones del Tribunal Constitucional no podrán ser enjuiciadas por ningún órgano jurisdiccional del Estado (apartado 2o.), lo que excluye futuros intentos de revisión por el Tribunal Supremo de decisiones de admisión/inadmisión de los recursos de amparo. Y agrega un nuevo procedimiento según el cual el Tribunal Constitucional, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del órgano autor, puede declarar la nulidad de los actos o resoluciones que menoscaben su jurisdicción, o declarar su competencia o incompetencia bien a instancia de parte bien de oficio (apartados 1o. y 3o.). Que el Tribunal Constitucional pueda declarar de oficio la nulidad de una resolución judicial de cualquier juez o tribunal de cualquier orden de la jurisdicción ordinaria es un procedimiento muy novedoso que deberá —de resultar aplicado— ser interpretado con mucha prudencia para no generar excesos o nuevas invasiones jurisdiccionales.

la composición del Pleno que enjuicia el Estatuto de Cataluña, pues daña seriamente la apariencia de imparcialidad del Tribunal.<sup>53</sup>

Todo comenzó con la recusación del magistrado Pérez Tremps (ATC 26/2007, del 5 de febrero), por estimarse contaminado al haber escrito un “estudio” académico sobre la participación de las comunidades autónomas en la Unión Europea, durante la discusión de la reforma del Estatuto de Cataluña. Un primer problema era de prueba, y consistía en resolver si el escrito controvertido se trataba de un “dictamen”, como se dijo en la resolución judicial, o de un “estudio” científico como —a mi juicio— ocurría, pues el trabajo reflejaba puntos de vista doctrinales sobre la participación de las comunidades autónomas en la Unión Europea, largamente sustentados por el magistrado como profesor desde hacía lustros. Más adelante razonaré que este extremo debería considerarse incluso procesalmente irrelevante.

La decisión de aceptar la recusación provocó una rápida e insólita reacción unánime de cuarenta y cinco catedráticos de derecho constitucional, quienes mandaron un escrito, ampliamente divulgado en los medios de comunicación social,<sup>54</sup> criticando la decisión y argumentando lo desacertado del planteamiento. De aplicarse generalizadamente el criterio que dicho auto sustenta —se decía—, se restringiría gravemente la libertad de investigación, y acabaría por generarse una composición de nuestro Tribunal Constitucional inadecuada a la exigencia constitucional de que todos sus miembros sean “juristas de reconocida competencia” (artículo 159.2, CE), al hacerse prácticamente imposible la presencia en él de profesores de derecho público. Por el contrario, unos magistrados realmente expertos en la jurisdicción en la que dictan sus sentencias, antes de acceder a la institución —se concluía— son la mejor garantía de su recto funcionamiento; la alternativa es un tribunal de ilustres desconocidos, designados mediante no menos ignotos criterios sin ninguna mayor garantía de su imparcialidad e independencia.

No es el momento de pormenorizar los detalles de este conjunto de decisiones. Prefiero aprovechar la ocasión para mostrar mi discrepancia sobre la misma posibilidad teórica de un mecanismo de recusación en los procesos abstractos de control de constitucionalidad de las leyes y, particularmente, tras una acción directa, como es el recurso a instancias de minorías parlamentarias. Quien contribuye a formar como experto —otra cosa distinta

<sup>53</sup> Hemos reseñado este rosario —un verdadero calvario— de autos sobre abstenciones y recusaciones de magistrados constitucionales en justicia administrativa, *lex nova*, durante los cuatro números de 2007 y el primero de 2008 (núms. 36 a 40); una exposición de los litigios a la que hora reenvío. Son las siguientes decisiones: AATC 16/2006, que parece estar en contradicción con los siguientes, 26/2007 del cual arranca la polémica, y 177/2007, 192/2007, 224/2007, 387/2007, 443/2007, y 81/2008.

<sup>54</sup> Puede verse el 17 de febrero de 2007 en [www.elpais.com](http://www.elpais.com).

sería como parlamentario—, ya sea mediante un dictamen o con mayor razón en un estudio científico, la voluntad general que la ley expresa no debería quedar contaminado para su enjuiciamiento como magistrado constitucional. No existe aquí, por definición, contradicción alguna de intereses públicos y privados ni cabe en buena lógica una exigencia legal de ajenidad y, subsiguiente, abstención o remoción.

El problema se explica por el genérico reenvío que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (artículo 80) hizo en 1979 a la aplicación supletoria de la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 219) y a la Ley de Enjuiciamiento Civil, entre otras materias expresas, para recusaciones y abstenciones, técnica que se ha revelado como muy desafortunada. La LOTC no disciplina pues de forma autónoma el régimen jurídico de las recusaciones y abstenciones de los magistrados constitucionales para preservar la garantía del juez imparcial, sino que reenvía a un sistema civil de origen decimonónico. Esta anómala situación, de verdadera desidia legislativa, sólo se explica por la ausencia de unos mayores conocimientos y experiencias de derecho procesal constitucional entre nosotros a finales de los años setenta, que pudieron llevar a pensar que estos extremos de detalle carecían de relevancia, y que el legislador podía contentarse con un genérico reenvío. Sin embargo, los contextos de los procesos civiles y constitucionales son esencialmente distintos, y también deberían serlo las situaciones de incompatibilidades de intereses que en ellos puedan surgir. A la vista de la experiencia adquirida, esta obsoleta previsión legal es una puerta abierta a intentos de manipulación de la composición de un tribunal que, por ser único en su jurisdicción, no puede sustituir a sus magistrados por otros, y puede por ello verse abocado a un absurdo *impasse*, al devenir tan repleto de magistrados abstenidos y recusados, que llegue a carecer de quórum para resolver.

La norma legal vigente se encuentra desprovista de un fundamento lógico en los procesos constitucionales. Estimo que son más adecuadas previsiones del tipo de la recogida en el artículo 18.2 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán, que excluyen de abstenciones y recusaciones tanto “la participación en los procedimientos legislativos” como “la expresión de una opinión experta sobre cuestiones de Derecho que puedan ser relevantes en el caso”.<sup>55</sup>

<sup>55</sup> Un estudio documentado, pero que adolece de un estudio de las muy singulares especificidades de este instituto en derecho procesal constitucional y, en particular, en el control normativo, es el de Bachmaier Winter, Lorena, *Imparcialidad judicial y libertad de expresión de jueces y magistrados. Las recusaciones de magistrados del Tribunal Constitucional*, Cizur Menor, Thomson- Aranzadi, 2008. La recusación de los magistrados constitucionales —estimo— se resiste a ser analizada como un capítulo más de la imparcialidad e independencia de los jueces, un episodio en el derecho común, es otra historia.