

Reflexiones en torno a la Composición del Tribunal Constitucional en España

Francisco Fernández Segado

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Santiago de Compostela

1. Introducción

El origen de la Jurisdicción Constitucional no siempre coincide con el inicio del fenómeno constitucional. Si en Estados Unidos la institución de la *judicial review* no sólo surge casi al unísono que el propio código constitucional, sino que admite ser considerada como algo consustancial a la Constitución (recordemos al respecto la célebre afirmación del Juez **Charles Evans Hughes**: "Vivimos bajo una Constitución; más la Constitución es lo que los jueces dicen que es") en Europa, por el contrario, no sucederá así.

En el fondo de esta divergencia se sitúa la antitética concepción que de la Constitución se tiene en Europa y América.

En Estados Unidos, el Estado se constituye originariamente sobre el principio de legitimidad democrática, presentándose la Constitución como la emanación directa de la soberanía popular. En Europa, por el contrario, el Parlamento se afirma como un órgano que representa al pueblo ante el Rey y al que, en consecuencia, se le puede encomendar sin temor la definición y la defensa de los derechos ciudadanos frente a quien, históricamente, aparece como la única amenaza potencial. A ello se unirá el influjo de la doctrina de la infalibilidad parlamentaria, que se conecta con la concepción de la ley como expresión de la voluntad general. Fruto de todo ello será la atribución, especialmente en Francia, de un cierto control de constitucionalidad a órganos políticos.

La primera postguerra marcará un giro radical. Bajo el influjo de **Kelsen**, el constitucionalismo de

esa época comenzará a acoger el instituto del control de constitucionalidad, bien que bajo prismas radicalmente diversos de los que regían en Norteamérica. Por de pronto, frente al llamado "**control difuso**" americano, que implica que todos los jueces están habilitados para inaplicar aquellas leyes que juzguen contrarias a la Constitución, el modelo kelseniano plasma en un "**control concentrado**" que se confía a un sólo órgano, el Tribunal Constitucional, único competente para declarar la inconstitucionalidad de una norma.

Bien es verdad que no serán tan sólo estas meras apariencias externas (de una pluralidad de órganos legitimados para juzgar acerca de la inconstitucionalidad frente a un sólo órgano) las que distingan la jurisdicción constitucional concentrada de la difusa, sino muy profundas divergencias estructurales que responden a filosofías dispares.

Hoy, sin embargo, la doctrina se muestra cada vez más proclive al reconocimiento de la superación de la alternativa sistema americano -sistema austriaco. Así, **Pizzorusso** ha sostenido que es posible combinar ambos sistemas y aún evolucionar hacia un sólo sistema común.

En la segunda postguerra, nos encontramos con un generalizado desenvolvimiento en Europa de los Tribunales Constitucionales, que **Taylor Cole** concibe como productos de la reacción frente a un tenebroso pasado. Sin embargo, la nueva dimensión esencial del marco de referencia de la constitucionalidad de las leyes vendrá dada por la ampliación que se produce como consecuencia del abandono de una concepción rígidamente formalista del orden constitucional, para remontarse a un orden de

valores subyacente en la Constitución que vincula a todos los poderes del Estado y hacia los que éste debe orientar su potestad normativa.

Gottfried Dietze ha llegado a afirmar que en nuestro tiempo la libertad individual sin la revisión judicial parece impensable, mientras que **Mauro Cappelletti** ha acuñado como título de una de sus obras la expresión “La Jurisdicción Constitucional de la libertad”.

2. La búsqueda de una instancia idónea

Una de las más arduas cuestiones que presenta el control de la constitucionalidad de las leyes es la de encontrar el órgano o instancia idónea para su eficaz desempeño. Ello nos conduce a la problemática del perfil orgánico de las instancias titulares de la Jurisdicción Constitucional, que a juicio de **Taylor Cole**, es lo que más ha preocupado siempre en Europa.

Haciendo omisión del Tribunal Supremo norteamericano y de los órganos que asumen la función de control en la Europa de entreguerras, nos referimos ahora a los rasgos comunes que se desprenden de algunos de los órganos más significados de la Justicia Constitucional en Europa (y específicamente, del Tribunal Constitucional Federal, de la *Corte costituzionale* italiana, del Tribunal Constitucional austriaco, del Tribunal Constitucional portugués y del Consejo constitucional francés, bien que teniendo presente respecto de este último que su naturaleza se aproxima más a la de un órgano político que a la de uno jurisdiccional).

La primera cuestión que la doctrina se planteó en torno al tema que nos ocupa fue la de determinar las razones por las que en Europa se prefirió elegir un órgano *ad hoc* al que encargar en exclusiva el control de la constitucionalidad, antes que atribuir esa función a un órgano judicial ya existente.

Cappelletti ha abordado detenidamente este tema. Nosotros nos haremos eco tan sólo de una de sus consideraciones, la que tiene como destinatarios a los jueces. Los magistrados europeo-continental, señala el profesor italiano, son por lo general magistrados de carrera, poco aptos para asegurar una tarea de control de las leyes, dado que ésta es una función inevitablemente creadora y va mucho más allá de sus funciones tradicionales de “simples intérpretes” y de fieles servidores de las leyes, además que tales magistrados están habituados por decenios e interpretar la ley con una técnica hermenéutica diferente a la del tipo del

policy-making decisions que está en cambio inevitable implicada en una actividad de control de la validez sustancial de las leyes y de las aplicaciones de la norma constitucional.

Junto a esta argumentación, no podemos dejar de referirnos al influjo que ejercerá en la opción por un órgano único de control el pensamiento kelseniano. El propio jurista vienés abordará el estudio de los rasgos orgánico-estructurales que debían caracterizar a un Tribunal Constitucional.

Parte **Kelsen** de que no se puede proponer una solución uniforme para todas las constituciones; por el contrario, la organización de la Jurisdicción Constitucional deberá modelarse sobre las particularidades de cada Constitución. Ello no será obstáculo para que **Kelsen** efectúe algunas consideraciones de alcance y valor generales.

Así, en primer término, entiende que el número de miembros de los Tribunales Constitucionales no deberá de ser muy elevado.

En segundo lugar, en lo que al modo de reclutamiento de los magistrados se refiere, considera que no se puede propugnar sin reservas ni la simple elección parlamentaria, ni el nombramiento exclusivo por el Jefe del Estado o el Gobierno. Quizá, apunta **Kelsen**, podrían combinarse ambas fórmulas.

En tercer término, el que ha sido considerado como “el jurista del siglo XX” subraya especialmente la conveniencia de una cualificación técnica de los magistrados. En la Jurisdicción Constitucional deben tener lugar adecuado los juristas de profesión.

En cuarto lugar, el fundador de la Escuela de Viena se inclina por la conveniencia de excluir de la Jurisdicción Constitucional a los miembros de instancias políticas.

Por último, **Kelsen** rechaza todo posible influjo político en la jurisprudencia constitucional; sin embargo, admite como posible el que los especialistas, consciente o inconscientemente, puedan dejarse influir por consideraciones políticas. Si este peligro fuera particularmente notorio, el jurista vienés se inclina por aceptar, más que una influencia oculta, y por tanto incontrolable, de los partidos políticos, una forma de participación legítima de éstos en la formación del Tribunal, por ejemplo, cubriéndose una determinada parte de los jueces del Tribunal a través de una elección parlamentaria en la que se habrá de tener en cuenta la fuerza relativa de los

diferentes partidos.

En cualquier caso, **Kelsen**, en su conocida controversia con **Carl Schmitt**, rechazará la consideración de éste que la Justicia Constitucional no conduce a jurificar la política, sino a politizar la justicia.

En todo caso, no podemos por menos de admitir que esa polémica entorno a la "**politicidad**" del juez constitucional está permanentemente abierta.

El punto de partida clásico de esta controversia es la cuestión de la tensión entre Política y Derecho, que inquiere si los graves problemas políticos que se someten a la decisión del Tribunal pueden resolverse con los criterios y los métodos de una decisión judicial.

Por nuestra parte, creemos con **Heinrich Triepel** que es preciso partir de la clásica consideración que el Derecho Público no es actuable sin consideración a la política. Es obvio que conceptos como Estado de Derecho, Estado social, libertad, igualdad ...etc., no pueden ser interpretados sin tener muy presentes las ideas o convicciones sociales y políticas de una comunidad en un momento histórico concreto.

Consiguientemente, la Justicia Constitucional óptima no se asienta en una consideración del órgano titular de la misma como una instancia puramente técnica según los esquemas kelsenianos de la pureza metódica, apartándolo de la realidad vital del Estado, que es dinamismo político; de ser así, el logro de *a living constitution*, una constitución viva, viviente, acorde, en definitiva, con la realidad social, conseguido en Norteamérica a través de la judicial review sería una mera utopía.

Cappelletti ha llegado a admitir que, en ocasiones, la hermenéutica constitucional es una actividad más próxima a la actividad del legislador y del hombre de gobierno que a la de los jueces comunes. Ahora bien, esta consideración, por lo demás cierta, no puede hacernos incurrir en el extremo opuesto de pensar que las decisiones de los Tribunales Constitucionales se han de adoptar por motivos de oportunidad o conveniencia política; de ser así se incurriría en lo que, en una obra clásica, **Eduard Lambert** denominara "el gobierno de los jueces". Bien al contrario, como advierte **Hans Joachim Fallér**, las decisiones de los Tribunales Constitucionales son actos intelectuales de conocimiento jurídico y no actos de voluntad política.

A la vista de cuanto hemos dicho se impone una

reflexión final. La interdependencia entre lo político y lo jurídico contribuirá decisivamente a perfilar la peculiar fisonomía de los Tribunales Constitucionales.

Y **Leibholz**, en similar dirección, significa que el conflicto latente entre el elemento político, en movimiento constante, y el jurídico, preferentemente en inalterable reposo, o para expresarlo de otra manera, entre existencialidad y normatividad, dará tanto al Derecho Constitucional como a la Jurisdicción Constitucional su propia y peculiar impronta.

3. Rasgos estructurales de algunos órganos de la Justicia Constitucional

Tras las consideraciones que preceden, hemos ya de centrarnos en los rasgos genéricos que se pueden entresacar del análisis de la composición y estatuto jurídico de los miembros de algunos órganos de la Justicia Constitucional, (Alemania, Italia, Austria, Portugal y Francia).

Ante todo, diremos que el número de miembros integrantes de estos órganos oscila en los cinco órganos estudiados entre los nueve del Consejo Constitucional francés y los dieciséis del Tribunal Constitucional Federal alemán, pasando por los trece del Tribunal portugués, catorce del austriaco y quince de la Corte italiana.

En todos estos órganos participa el Parlamento en la elección. En Alemania, es especialmente destacado su papel, pues los dieciséis miembros del Tribunal son elegidos, por mitad, por el Bundestag y el Bundesrat, y otro tanto cabe decir de Portugal, en donde la Asamblea de la República elige a diez de los trece integrantes del Tribunal.

En Austria, aunque también intervienen las dos Cámaras del Parlamento, el papel preponderante corresponde al Gobierno Federal, quien propone al Presidente, Vicepresidente y seis miembros del total de catorce que integran el Tribunal Constitucional.

En cuanto a Italia y Francia, la composición de sus respectivos órganos de control de constitucionalidad es más equilibrada ya que en su elección participan tres instancias diferentes: el Presidente de la República, el Parlamento en sesión conjunta de ambas Cámaras y las supremas magistraturas ordinaria y administrativas, en Italia. En Francia los Presidentes de la República, de la Asamblea Nacional y del Senado.

En definitiva, a la vista de la procedencia de los

jueces constitucionales, se aprecia con nitidez una clara primacía parlamentaria. Nosotros destacaríamos asimismo la funcionalidad del procedimiento tripartido italiano, que se vincula, según **Pizzorusso**, a la función arbitral que entre los diversos poderes del Estado cumple la *Corte Costituzionale*.

Esta primacía parlamentaria nos conduce a la **problemática de la influencia de los partidos políticos** en las propuestas de magistrados constitucionales. Hemos de decir al respecto que en una democracia de partidos, el influjo de éstos en ciertas decisiones competen al Parlamento es evidente. Esta circunstancia suscita el temor ante el peligro de politización partidista, que puede propiciar que el Tribunal Constitucional se convierta en una especie de tercera cámara, lo que frustraría de raíz su posible funcionalidad.

A evitar ese peligro se enderezan, sin embargo, un conjunto de mecanismos legales, entre los que debemos referirnos ante todo a la **exigencia de mayorías cualificadas**. La necesidad de alcanzar estas mayorías ofrece la ventaja de obligar a un cierto consenso entre las fuerzas políticas, lo que a su vez conduce a que los magistrados constitucionales puedan gozar de una amplia legitimación parlamentaria.

Ello es importante, pues no cabe ignorar que, como pusiera de relieve **Mortati**, al referirse a los debates constituyentes italianos, un control de constitucionalidad que se llevase a cabo por un órgano que fuese un simple reflejo de las fluctuaciones de la opinión pública, limitándose a registrar la voluntad de los partidos de la mayoría, perdería su razón de ser, lo cual sólo quedará satisfecha cuando se confiera a los jueces una relativa independencia de las fuerzas políticas.

"Una Corte **longa manus** de las Cámaras y de los partidos, ha señalado recientemente el profesor **La Pergola**, sólo es concebible en un régimen asambleario, no en una democracia constitucional".

De cierta importancia en orden a la independencia y calidad de la Jurisdicción Constitucional son el **período de duración del cargo** y la **posibilidad de reelección**.

De la duración del cargo depende, como dice **Albrecht Weber**, la continuidad, la petrificación o la capacidad innovativa de la Jurisdicción Constitucional. Contra lo que pueda pensarse, la independencia de los jueces constitucionales no sólo se garantiza a través de un nombramiento vitalicio, sino que

podrá garantizarse asimismo por medio de un nombramiento de duración limitada. En todo caso, quizá tenga más trascendencia para la independencia judicial la imposibilidad de reelección.

En cuanto a la elección vitalicia, al margen ya del Tribunal Supremo norteamericano, cuyos miembros desempeñan sus cargos según la conocida fórmula de "mientras observen buena conducta", fórmula defendida por **Alexander Hamilton** en la Convención Constituyente, y respecto de la cual, como recuerda **Charles Evans Hughes**, habría una sorprendente unanimidad de opiniones; al margen, decimos, de este caso, la elección vitalicia se conoce también en Austria, en donde, sin embargo, se fija como límite máximo la edad de 70 años.

En todo caso, no cabe ignorar los graves inconvenientes que se derivan de la duración vitalicia del cargo de juez constitucional. A ellos se ha referido **Zagrebelky**, quien advierte acerca de la dificultad que ello entrañaría para garantizar un mínimo de correspondencia entre las orientaciones del juez constitucional y aquellas otras que emergen de los órganos representativos.

En los órganos de la Justicia Constitucional de los restantes países, el período de nombramiento varía sustancialmente, oscilando de los doce años de los magistrados del Tribunal alemán a los seis del portugués, pasando por los nueve años de los miembros de la Corte italiana y del Consejo Constitucional francés.

Especial interés para la salvaguarda de la independencia del Tribunal tiene asimismo, como ya dijimos, la imposibilidad de reelección de los magistrados constitucionales. La doctrina, en general, se ha inclinado a favor de esta apreciación.

Tanto en Italia como en la Alemania, puede hablarse de una irreelegibilidad absoluta; y a nuestro modo de ver, otro tanto puede decirse de Francia, pese a que el artº 56 de la Constitución de la Quinta República no deje del todo clara esta cuestión, que, como nos recuerda **François Luchaire**, por lo demás, nunca ha sido del todo zanjada.

No sucede así en Portugal, en donde la Ley 28/82, del 15 de noviembre, de organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional, ha venido a posibilitar la reelección de los jueces del Tribunal, lo que puede comprenderse si se advierte que el período de ejercicio de sus funciones es de tan sólo seis años.

Otro aspecto de interés nos viene dado por la **cualificación técnico-jurídica** exigida para poder acceder como miembro del Tribunal. A este respecto, hemos de decir que la normativa constitucional, o en su caso, de desarrollo constitucional, se nos aparece en todos los países analizados, con la sola salvedad de Francia, como especialmente homogénea. En efecto, siguiendo los consejos de **Kelsen**, se trata de exigir que quienes se incorporan a los órganos encargados de velar por la constitucionalidad de las leyes sean personas dotadas de un determinado bagaje de conocimientos jurídicos. La doctrina ha considerado imprescindible esta cualificación, llegando incluso a considerarla, como es el caso de **Pietro Virga**, como la única circunstancia capaz de evitar que los órganos de la Jurisdicción Constitucional incurran en un acentuado carácter político.

Debemos referirnos por último a la **independencia y *status* jurídico** de los magistrados constitucionales.

Como refiere **Albrecht Weber**, la independencia personal y objetiva de los magistrados resulta indispensable en orden al desempeño neutral de su función. Esta independencia, unas veces se encuentra explícitamente consagrada, mientras que las más de las ocasiones es fruto de la independencia judicial, constitucionalmente garantizada, de todos los magistrados.

En todo caso, de forma indirecta, la independencia judicial se deduce de la inamovilidad, del fuero jurisdiccional y de la inmunidad, así como del **régimen de incompatibilidades**, régimen que tienen, a nuestro juicio, un indudable interés.

Como pauta general, cabe decir que rige la incompatibilidad con el mandato parlamentario o con cualquier otro mandato representativo a nivel estatal, federal o regional. A ello se une la incompatibilidad con cualquier cargo público o actividad profesional.

Sin embargo, la cuestión más polémica se suscita en torno a la **posible incompatibilidad con la pertenencia a partidos** o con el desempeño de cargos o funciones directivas en los mismos.

A este respecto, hemos de decir que en Italia se prescribe la interdicción de toda actividad inherente a una asociación o partido político, lo que debe entenderse en el sentido no tanto de prohibición de afiliación, cuanto en el de prohibición de toda actividad política.

En Austria, la misma Constitución determina que no podrán pertenecer al Tribunal Constitucional personas que sean empleados o funcionarios de cualquier índole de algún partido político.

En Portugal, la Ley 28/82 prescribe que los jueces del Tribunal Constitucional no podrán ejercer ninguna función en los órganos de partidos, asociaciones políticas o fundaciones con ellos conexas, ni desenvolver actividades político-partidistas de carácter público. Asimismo, durante el período de desempeño del cargo de Juez del Tribunal quedará en suspenso la afiliación en partidos o asociaciones políticas.

El reverso de estas situaciones nos lo ofrece Francia. Aquí la situación es enteramente opuesta, pues, como señala **François Luchaire**, nada impide a un miembro del Consejo constitucional desempeñar una determinada actividad política, ni incluso presentarse a unos comicios. En lógica sintonía con ello, los miembros del Consejo pueden limitar en formaciones políticas, bien que un Decreto del 13 de noviembre de 1959 les prohíba ocupar en el seno de un partido o grupo político cualquier puesto de responsabilidad o de dirección.

Lo anómalo de tal situación, ha llevado a **René Chiroux** a referirse a que el *status* de los miembros del Consejo se caracteriza hoy en Francia por su hipocresía, tras lo cual, se inclina por una reforma que asegure una auténtica independencia de los miembros del Consejo.

A nuestro modo de ver, es claro que la independencia de los magistrados constitucionales, como advierte **La Pergola**, sólo se encuentra en su propia conciencia; sin embargo, parece indudable que un estatuto jurídico que propicie una actividad política sin fronteras, chocará de modo frontal con la naturaleza jurisdiccional propia de la función que deben cumplir los Tribunales Constitucionales.

4. El perfil orgánico del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución española de 1931

Hechas estas consideraciones generales de Derecho Comparado, vamos a abordar a continuación, bien que sumariamente, el planteamiento del tema que nos ocupa en la **Constitución de 1931**.

Comenzaremos señalando que el llamado Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República no fue fruto inspirado de un designio unívoco, sino resultado final de diversos ensayos y tan-

teos, que a su vez, no son sino la consecuencia última de una serie de contradicciones subyacentes en el propio constituyente.

El confusionismo, que presidiría todo el proceso de construcción jurídica de la institución, propiciaría lo que **Almagro Nosete** ha llamado una "guadiana de soluciones" que afecta a la práctica totalidad de aspectos que perfilan su modelo concreto de funcionamiento.

Ya en el seno de la Comisión Jurídica Asesora que elaboraría el texto del Anteproyecto de Constitución, como habría de revelar uno de sus más destacados miembros, el maestro **Posada**, una de las cuestiones en mayor grado debatidas sería la organización del Tribunal.

La confusión la encontramos asimismo, a nivel de enunciación de propósitos, en el discurso de presentación del Proyecto de Constitución a la Asamblea Constituyente, pronunciado por don **Luis Jiménez de Asúa**, quien manifestaría que el Tribunal de Garantías que creaba el Proyecto era parecido en parte al de Austria, "pero, sobre todo, -dirá el ilustre profesor- es una síntesis del Tribunal Constitucional de Norteamérica, del Juicio de amparo de Méjico y del de Conflictos de Francia". Curiosa síntesis ésta entre órganos y procedimientos de difícil, por no decir imposible, encaje.

Por lo demás, en el debate constituyente se aprecia una falta de convicción acerca de lo que entraña la Jurisdicción Constitucional y un proceso de acentuamiento del componente político del Tribunal.

Finalmente, a la vista del artº 122 de la Constitución y de su ulterior desarrollo en la Ley orgánica del Tribunal, de junio de 1933, cabe hacer las siguientes consideraciones críticas:

En primer término, estamos ante un órgano que con sus veintiséis miembros se presenta como excesivamente amplio y numeroso.

En segundo lugar, su mixtura y heterogeneidad habrían necesariamente de dificultar el cumplimiento de sus, por lo demás, muy dispares funciones.

En tercer término, la independencia del Tribunal de Garantías respecto de otros órganos constitucionales quedaba bastante en entredicho a la vista de su composición. La designación parlamentaria de su presidente; el hecho de que dos de sus miembros no sólo hubiesen de ser elegidos por las Cor-

tes, sino que compatibilizan su función de vocales del Tribunal con el ejercicio del mandato parlamentario, lo que les convertiría en juez y parte; en fin, la intervención gubernamental en el nombramiento de los Presidentes del Tribunal de Cuentas y del Alto Cuerpo consultivo de la República, ambos miembros natos del Tribunal de Garantías...; todo ello, en definitiva, hacía dudar muy seriamente de la independencia real de los miembros de este órgano.

En cuarto lugar, la inexigencia constitucional de una mínima cualificación técnica respecto de los vocales del Tribunal de Garantías, circunstancia que se haría más patente aún tras la elaboración de la Ley de junio de 1933, haría posible, como recordaría don **Niceto Alcalá Zamora**, que "los partidos todos convirtiesen la holgura discrecional para designar los vocales en apasionamiento sin límites para imprimir, mediante aquellos, a la institución, una manifiesta tendencia política".

Por último, como reconocería el maestro Posada, los vocales representantes de las Regiones habrían de constituir el portillo principal por el que se introdujo el factor político en el Tribunal.

A la vista de las precedentes consideraciones, no debe extrañarnos que los partidos, en la línea de hiperpoliticismo que les caracterizó durante la Segunda República, hicieran de las elecciones de vocales del Tribunal campo abonado para su enfrentamiento político.

El Tribunal de Garantías se convertiría de este modo en una nueva arena política, y las primeras elecciones de vocales representantes de las Regiones, celebradas en septiembre de 1933, corroboran cumplidamente esta apreciación.

5. El debate constituyente y la cuestión de la legitimidad del Tribunal Constitucional

Tras las consideraciones que preceden, hemos de centrarnos ya en la **configuración del Tribunal Constitucional** tal y como se contempla en el artículo 159 de la Constitución y en su preceptivo desarrollo en la Ley Orgánica 2/79, del 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

Conviene comenzar poniendo de relieve que, en alguna medida, **el debate constituyente** sobre el título IX del código fundamental reproduce situaciones ya planteadas con anterioridad en los procesos constituyentes de otros países europeos. El profesor **De Vega**, a este respecto, ha llegado a hablar de un verdadero mimetismo en relación con el

proceso constituyente italiano.

El análisis de los debates constituyentes nos muestra que en ningún momento se esgrimieron argumentos contrarios a la institución. Las enmiendas tuvieron un carácter fundamentalmente técnico, afectando a cuestiones de detalle, circunstancia que quizá pueda explicarse por el generalizado consenso en torno al tema por parte de las dos grandes formaciones parlamentarias, UCD y PSOE.

De otro lado, conviene indicar, de la misma manera que hace **Giancarlo Rolla**, que en los trabajos constituyentes la influencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República fue esporádica y del todo marginal. **Peces-Barba**, miembro de la Ponencia constitucional, pondría de relieve a este respecto, en el Pleno del Congreso de los Diputados, cómo el sistema de elección por el que optaba nuestro código constitucional suponía un indudable progreso sobre los viejos sistemas de elección corporativa, en clara referencia a la Constitución de 1931, afirmación con la que estamos plenamente conformes.

En cualquier caso, el trasfondo de los debates constituyentes iba a dejar entrever una polémica ya tradicional en la literatura jurídico-política: la legitimidad democrática de los magistrados del Tribunal, cuestión que **Mauro Cappelletti** ha considerado como el "**formidable problema**" del control judicial de constitucionalidad, y que se suscita al abordar la función y la legitimidad democrática de unos individuos (los jueces) relativamente exentos de responsabilidad, que llenan con su propia jerarquía de valores o "predilecciones personales" los recipientes relativamente vacíos de conceptos tan vagos como "libertad", "igualdad", "sensatez", "ecuanimidad" y "proceso conforme a derecho".

Nos detendremos -dada su trascendencia, aun cuando con brevedad- en este "**formidable problema**".

En su conocida obra "Democracia y desconfianza", **John Hart Ely** se ha planteado la misma temática al advertir cómo la función central de la revisión judicial es al mismo tiempo su problema nuclear, que no es otro sino el que un órgano que ni ha sido elegido, ni es políticamente responsable, se dirige a los órganos representativos del pueblo indicándoles que no pueden gobernar como quisieran.

A la vista de esta problemática, un amplio sector

doctrinal, a cuyo frente se sitúa el propio **Cappelletti**, entiende que es de todo punto necesario evitar un error muy difundido: el de identificar democracia con representatividad popular. La legitimación o "investidura democrática" del juez, significa el profesor italiano, no deriva, a diferencia de lo que ocurre con los órganos políticos, del hecho de que representa a un electorado frente al que sea responsable directa o indirectamente. Si proyectamos esta idea hacia el juez constitucional, podremos afirmar con **Leopoldo Elia** que la legitimación de un Tribunal Constitucional no deriva de la elección popular, sino de la función que desempeña, de custodia de la Constitución, lo que nos conduce a una legitimación *secundum quid*.

Mas aún, **Vezio Crisafulli** considera inevitable la ausencia de legitimación democrática en estos órganos, pues sólo así podrá asegurarse la indispensable neutralidad política del juez constitucional. Y **Gustavo Zagrebelsky**, en análoga dirección, puntualiza que la inclusión de un componente político en los órganos de la Justicia Constitucional no debe pretender explicarse como un intento de dotar el órgano de la legitimación democrático-representativa.

Bien al contrario, añadiremos nosotros, la presencia de ese componente político (que, por ejemplo, se detecta en el papel dominante de los órganos políticos con vistas a la elección de magistrados) se justifica por las propias peculiaridades de la hermenéutica constitucional.

La **interpretación constitucional**, como ya hemos tenido ocasión de advertir, es una tarea técnica muy delicada que exige tanto unos profundos conocimientos de las técnicas jurídicas como una acentuada sensibilidad política. Y es que, como el Juez **Holmes** afirmara, las disposiciones constitucionales no son fórmulas matemáticas cuya esencia esté en la forma, sino instituciones orgánicas vivas cuya significación es vital y no formal.

En la misma línea, los profesores mejicanos **Carpizo y Fix-Zamudio** han puesto de relieve que no es posible desconocer que la función de la revisión judicial es en parte política aunque se ajusta a criterios y procedimientos jurídicos. Y entre nosotros, **Lucas Verdú** ha precisado que la diferenciación de la interpretación constitucional respecto de la del derecho positivo ordinario se ha ido acentuando con el devenir del tiempo, al pasarse de una consideración estrictamente formal apoyada en los postulados teóricos de la rigidez constitucional y de la

* Ver Precepto en el Anexo

supremacía de la Constitución, a una estimación del conjunto de valores que inspiran el orden constitucional democrático, a una postura de defensa de estos valores, a la tendencia a realizarlos y, en definitiva, a cumplir una misión integradora del Estado a través de la institución que examinamos.

En definitiva, pues, el elemento político, presente de una u otra forma en la Jurisdicción Constitucional, tiene su razón de ser no tanto en la búsqueda de un mecanismo de legitimación democrática, cuanto en la propia peculiaridad de la labor que realizan estos órganos.

6. El artículo 159 de la Constitución de 1978

Retornando de nuevo al **artº 159 de nuestra magna carta política***, hemos de decir, a la vista de su contenido, que nos hallamos ante una norma que, desde una óptica comparada, se sitúa a mitad de camino entre aquellos preceptos, en exceso casuistas, acaso en algún momento reglamentistas, cual sucede con los artículos correspondientes de las Constituciones austríaca y turca, y aquellos otros que apenas si se circunscriben a trazar un somero diseño del órgano que nos ocupa, al objeto que sea el legislador ordinario quien lo perfila, cual sería el caso de los preceptos equivalentes de la Ley Fundamental de Bonn y de los textos constitucionales de Grecia y Portugal. Quizá el precepto más equiparable al nuestro sea el artº 135 de la Constitución italiana.

Entrando ya en el análisis del perfil orgánico de nuestro Tribunal, abordaremos, sucesivamente, el número de magistrados que lo integran, su origen tripartito, los mecanismos que sirven de contrapeso frente a una hipotética politización partidista y, por último, nos referirnos a cómo ha operado la normatividad vigente en la realidad de los nombramientos de jueces constitucionales.

7. El número de miembros del Tribunal Constitucional

Hemos de convenir con **Kelsen** en que el número de miembros de un órgano como el que analizamos no ha de ser demasiado elevado, dado que su función no es la discusión de cuestiones políticas, sino la interpretación de la Constitución. Por otro lado, como indicara el profesor **Tomás Villarroya**, al número reducido puede contribuir a la formación de un espíritu corporativo que dote al Tribunal de cohesión y prestigio, y a sus fallos, de la mayor autoridad y calidad posibles.

El número de doce magistrados puede considerarse, a nuestro juicio, mesurado y prudente; es similar, como ya tuvimos ocasión de ver, al de otros órganos análogos en Europa; sin embargo, ofrece un aspecto polémico: se trata de un número par, cuestión ya advertida en el debate constituyente, en el que los senadores **Sánchez Agesta y Ollero Gómez** alzaron sus voces en pro de la conveniencia de un número impar -quince por ejemplo- de magistrados. Con ello se hubiera soslayado la dificultad de un posible empate a votos, que parece conducir irreversiblemente al "voto de calidad" del Presidente, a fin de salir del posible *impasse* a que pudiera llegarse.

Entre la doctrina, **Almagro Nosete**, situándose en una posición minoritaria, ha relativizado la importancia de esta cuestión. Por nuestra parte, creemos que aún siendo cierto que las múltiples variantes a que responde la expresión de voluntad de un órgano colegial, no pueden ser puntualmente previstas en sede normativa, es evidente que el número par de magistrados aumenta de modo considerable el peligro de empate a la hora de adoptar una decisión por parte del órgano en cuestión.

En caso de empate, la Ley Orgánica del Tribunal ha recurrido al **voto de calidad** del Presidente, circunstancia no sólo anómala, sino que, como ha puesto de relieve el profesor **Alzaga**, puede complejizar y politizar en exceso la elección del Presidente del Tribunal.

El tema, por lo demás, presenta una hondura jurídica mayor, al conectarse con la posición jurídica de igualdad de los magistrados, lo que ha preocupado especialmente a la doctrina italiana.

Por lo demás, no estamos ante una hipótesis puramente especulativa o de laboratorio, sino que, como es sabido, en tres ocasiones, una sentencia se ha tenido que decidir en atención al voto de calidad del Presidente.

Dada la imposibilidad de modificar el número de magistrados, a salvo, claro es, una reforma constitucional, nosotros nos inclinaremos, al igual que hace **Giustino D'Orazio** en Italia, por la conveniencia de un sistema que atribuyera un contenido jurídico concreto a la paridad de votos, en vez de hacer depender el fallo de la voluntad presidencial. Esta es, por ejemplo, la fórmula alemana, por cuya virtud, "en el supuesto de empate de votos, no cabe constatar una infracción de la Constitución".

Se opta, pues, por una presunción de constitucionalidad de la norma recurrida, salvo que una mayoría de jueces constatare formalmente que la norma fundamental ha sido conculcada.

8. El origen tripartito de los magistrados

Abordaremos ahora la cuestión del **origen tripartito** de los integrantes del Tribunal. Como es sabido, en la propuesta de los magistrados intervienen los restantes órganos constitucionales, esto es, el Gobierno, las dos Cámaras y el Consejo General del Poder Judicial. En principio, esta circunstancia, abstractamente considerada, hay que juzgarla positiva, pues, como señala **García Pelayo**, con ella se acentúa la significación integradora del Tribunal.

Ahora bien, la crítica se torna en negativa a la vista del modo específico como se reparten los magistrados entre los diversos órganos constitucionales, dado el excesivo peso de los órganos políticos en la elección.

Si atendemos al hecho que las relaciones entre los distintos poderes se canalizan en un régimen parlamentario a través de los partidos, puede vislumbrarse la posibilidad, en verdad preocupante, de que un sólo partido con una significativa mayoría en ambas Cámaras, y que a la vez forma Gobierno, pueda llegar a controlar el nombramiento de los magistrados constitucionales, lo que pondría en grave peligro esa función de equilibrio constitucional que ha de desempeñar nuestro supremo intérprete de la Constitución. A todo ello habría que unir una consideración adicional: la minusvaloración del Poder Judicial.

A la vista de todo ello, nuestra doctrina ha advertido acerca del peligro de politización. Politización, diríamos nosotros, que debe entenderse no como la total ausencia de valoración política de las cuestiones que se someten al Tribunal, sino como la posible metamorfosis de la naturaleza de sus resoluciones, que pasarían de ser declaraciones de conocimiento jurídico a configurarse como expresiones de voluntad política.

Este es el caso del profesor **Trujillo**, que ha mostrado su preocupación por las posibles coloraciones políticas que pudieran acompañar a los compromisos que han de preceder a las correspondientes propuestas del nombramiento. El propio **Burdeau**, refiriéndose de modo específico a nuestro Tribunal, ha significado que por su composición, es un órgano de dominante política.

Bien es verdad que no faltan juicios opuestos, entre los que se encuentra el del profesor **La Pergola**, quien considera que el diseño de nuestro Tribunal Constitucional es uno de los rasgos más felices del conjunto del texto constitucional. Entre nosotros, el profesor **De Esteban** se muestra conforme con esa "dominante política" a que se refiriera **Burdeau**, rechazando toda concepción "purista y asexuada" del Tribunal, por entender que éste debía reflejar de alguna manera la composición de fuerzas en el Parlamento a fin de hacer válidas jurídicamente las pretensiones mayoritarias de cada momento que no excedan de una interpretación adecuada y progresiva de la Constitución.

Por nuestra parte, quisiéramos efectuar **varias consideraciones** en torno a la cuestión que ahora nos ocupa.

En primer lugar, en Europa, los órganos de la Justicia Constitucional se nos presentan como órganos de carácter técnico, pero, en buena medida, de designación política, esto es, por órganos de naturaleza política. Es el caso del Tribunal Constitucional Federal alemán. Y ello no ha propiciado -el caso alemán es patente- una politización de estos órganos.

En segundo lugar, parece indudable que el Tribunal Constitucional interpreta un Derecho, como es el Constitucional, de claro contenido político. A ello hay que añadir que en muchas ocasiones las demandas planteadas ante el mismo son la formulación en términos de *litis* jurídica de cuestiones o conflictos políticos, lo que tiene como consecuencia que sus decisiones, aún orientadas y fundamentadas en parámetros y valores jurídicos, tengan una significación y unos efectos no sólo para el ejercicio de las actividades políticas del Estado, sino también respecto de las posiciones de los partidos políticos. Por todo ello, parece comprensible que los órganos políticos, y aún la misma clase política, deseen hacer oír su voz en el momento de la elección de los magistrados, posibilitando al mismo tiempo que las personas propuestas, además de un elevado bagaje de conocimientos técnico-jurídicos, posean una cierta sensibilidad política.

En tercer término, no podemos ignorar que nuestro código constitucional ha diseñado un órgano relativamente homogéneo, lo que no hubiera sido posible de intervenir en la elección de sus miembros órganos ajenos a los del Estado (bien regionales o autonómicos, bien corporaciones sociales...etc.), o de no exigirse indiscriminadamente una especialización técnico-jurídica. Este rasgo de la homoge-

neidad del Tribunal, que lo aparta radicalmente del Tribunal de la Segunda República, nos parece un dato enormemente positivo.

En cuarto término, afirmar apriorísticamente que el diseño actual del Tribunal conduce de modo inexorable a su politización ni parece razonable, ni se puede sustentar en una fundamentación mínimamente objetiva.

En quinto lugar, creemos que el Tribunal Constitucional debe responder, en términos generales, a las corrientes de opinión existentes en el país; debe sintonizar con el sentir social; no puede ser un órgano desvinculado de la sociedad, y desde este punto de vista, estamos de acuerdo con el profesor **De Esteban** en la inconveniencia de una concepción "purista y asexuada" de los magistrados, lo que no debe entenderse en el sentido que propugnemos una perfecta sintonía del Tribunal con las mayorías parlamentarias en cada momento existentes; sería un grave error que el Tribunal reflejara miméticamente el perfil político-parlamentario; ello le convertiría en una especie de tercera Cámara.

En último término, pensamos que lo importante no es tanto buscar un modelo ideal, que creemos no existe, sino conseguir un acuerdo mayoritario entre las diferentes fuerzas políticas por virtud del cual éstas se comprometan a admitir que, independientemente de cualquier coyuntura política concreta, el principio rector que habrá de regir las propuestas de magistrados habrá de ser el de la búsqueda de un consenso lo más amplio posible en torno a las personas de los propuestos.

A cuanto acabamos de exponer hemos de añadir que tanto la Constitución como la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional han previsto un conjunto de frenos u obstáculos que se oponen al peligro de vinculación partidista de los magistrados constitucionales. A esos mecanismos vamos a pasar a referirnos a continuación.

Seis son los **mecanismos legales** que se orientan en la dirección apuntada:

- a) La exigencia de una mayoría cualificada de 3/5 para las propuestas provenientes del Congreso, del Senado y, desde la Ley Orgánica 6/85, también del Consejo General del Poder Judicial.
- b) El largo período de 9 años de desempeño del cargo de magistrado.
- c) La renovación parcial del Tribunal.
- d) La irreelegibilidad inmediata de los miembros

del Tribunal.

- e) La exigencia constitucional de una cierta cualificación técnico-jurídica para poder ser propuesto magistrado.
- f) La concreción de un estatuto jurídico para los magistrados similar al de los miembros del Poder Judicial, en el que tiene un peso específico propio el régimen de incompatibilidad.

Nos referiremos ahora, de modo sumario, a los cinco primeros mecanismos, dado que el estatuto jurídico de los magistrados, como ya dije al principio de mi intervención, aún no ha sido objeto de estudio en esta investigación.

9. La exigencia de una mayoría cualificada para la elección

La **exigencia de una mayoría cualificada**, para que puedan quedar formalizadas las propuestas de magistrados del Congreso, Senado y, tras la Ley Orgánica 6/85, del Consejo General del Poder Judicial, es un requisito que se sitúa en la línea ya seguida en Alemania, Italia y Portugal.

Entre nosotros, esta determinación, contemplada por la Constitución respecto de las propuestas formuladas por el Congreso y por el Senado, fue acogida con un juicio unánimemente positivo. Su función, desde luego, es clara: propiciar que las personas propuestas lo sean con un amplio respaldo parlamentario. **Giustino D'Orazio** ha señalado al respecto que con este requisito se trata de posibilitar una "despolitización de la elección, o mejor, una politización equilibrada o neutralizada".

Es evidente que para conseguir el respaldo de una mayoría tan amplia será preciso, normalmente, un entendimiento entre mayoría y oposición; con ello, se propiciará un acuerdo entre las diferentes formaciones políticas, o por lo menos, entre las de mayor peso específico.

Una exigencia de esta naturaleza suscita problemas de diferente naturaleza, a los que nos referimos en detalle en el trabajo de investigación que presentamos al Tribunal, aunque ahora sería excesivamente prolijo enumerarlos. Tan sólo diremos que todos ellos encuentran cumplida respuesta legal en la Ley Orgánica 2/79.

10. El período de desempeño del cargo

El segundo de los mecanismos a que queremos referirnos es el del **largo plazo de desempeño del cargo**, que la Constitución concreta en nueve años,

con lo que opta por idéntica solución que la seguida en Francia e Italia.

Con ello, se acoge un período temporal bastante más dilatado que el que rige para las Cámaras, lo que, como fácilmente puede comprenderse, acentúa la independencia del Tribunal, introduciendo al unísono un elemento de continuidad que debe posibilitar una cierta coherencia jurisprudencial. Como al efecto advierte **García Pelayo**, la duración en el cargo de los magistrados los hace independientes de las coyunturas o contingencias políticas de los portadores de los órganos que intervienen en su nombramiento.

De otro lado, con tan dilatado plazo se asegura una experiencia estimable por parte de los magistrados, lo que a su vez, coadyuva positivamente al logro de ese predominio de la racionalidad sobre la pasión que, como destaca **Sánchez Agesta**, debe caracterizar sus sentencias. No en vano el Tribunal afirma, trata de reafirmar un principio de legitimidad jurídica, nomocrática, en definitiva, constitucional.

11. La renovación parcial del Tribunal

El tercero de los mecanismos a que hemos de referirnos es la de la **renovación parcial del Tribunal**. Como es sabido, el Tribunal se renueva por tercios cada tres años. Estamos ante una fórmula clásica, aunque lo cierto es que en el Derecho comparado, tan sólo la encontramos en Francia, bien que, desde luego, en Italia el Tribunal no se renueva en bloque, sino conforme termina el plazo de ejercicio de su función cada magistrado, lo que, en todo caso, también coadyuva a evitar cambios bruscos en la composición de la *Corte Costituzionale*.

A nuestro entender, al solución constitucional contribuye positivamente a una doble finalidad de un lado, evitar cambios bruscos en la composición del Tribunal, dándole continuidad; de otro, posibilitar al unísono que las nuevas mayorías parlamentarias tengan un reflejo atemperado --pero un reflejo al fin y al cabo-- en el perfil del Tribunal Constitucional, circunstancia esta muy conveniente si se tiene presente la correlación entre dinámica social, valores constitucionales y hermenéutica constitucional, y asimismo, la asunción por parte del órgano titular de la Jurisdicción Constitucional de un papel de mediador de intereses.

El sistema de renovación parcial del Tribunal, unido a la pluralidad de las fuentes de procedencia electiva de los magistrados, planteaba al legislador constituyente numerosos problemas de derecho

transitorio a los que nos referimos en nuestro trabajo de investigación, pero a los que -por la propia limitación temporal a que debemos ajustarnos- es imposible aludir aquí.

12. La irreelegibilidad inmediata de los magistrados

El cuarto de los mecanismos legales que debemos analizar es el de la **irreelegibilidad inmediata de los magistrados**.

La polémica en torno a la reelegibilidad o irreelegibilidad de los magistrados constitucionales ya se suscitó en los debates constituyentes, en los que una enmienda del Grupo Parlamentario Comunista propugnó que se incorporase al texto constitucional una cláusula por la que se impidiese la reelección de los miembros del Tribunal. También en el Senado se suscitará el tema, aun cuando en la alta Cámara se defenderían posiciones enfrentadas.

Varias eran las alternativas posibles: irreelegibilidad absoluta, irreelegibilidad inmediata, reelección indefinida y limitación de la reelección a una sola vez consecutiva.

Si atendemos al Derecho comparado, habremos de recordar cómo en el Tribunal Constitucional Federal alemán, en la *Corte Costituzionale* italiana y en el Consejo constitucional, existe un principio que actúa como constante: la irreelegibilidad absoluta.

Nuestro Código constitucional no abordaría el tema, que, sin embargo, sí sería contemplado por la Ley Orgánica 2/79, que opta por la irreelegibilidad inmediata, con una sola salvedad: que se hubiera ocupado el cargo por un plazo no superior a tres años. A nuestro modo de ver, se acoge una solución por entero satisfactoria, aun cuando no fuese admitida por la totalidad de las fuerzas políticas en el curso del debate en sede orgánica.

La norma en cuestión suscita diferentes problemas interpretativos, como el de su operatividad real, siendo de reseñar que estamos en presencia de una limitación subjetiva, esto es, que existe en función de la persona, siendo indiferente el órgano del que provenga la propuesta. Otro problema de interés es el del período que ha de transcurrir para que pueda entenderse desaparecida esta limitación, que nosotros consideramos debe ser de tres años.

En cuanto a la excepción legalmente establecida, que posibilita que los magistrados que no hubieran ocupado el cargo por un plazo no superior a

tres años puedan ser reelegidos inmediatamente, está inspirada en la Ordenanza francesa 58-1067, que establece idéntica previsión, y se comprende a la perfección si se advierte que aún en caso de reelección esos magistrados no permanecerán como miembros del Tribunal por más de doce años, período idéntico, por ejemplo, al que rige para los magistrados del Tribunal Constitucional Federal alemán.

Quizás convenga recordar asimismo que en Alemania, la Exposición de Motivos de la Ley de 1970 sobre el Tribunal Constitucional Federal, que estableció la irreelegibilidad absoluta, vinculó ésta con la publicidad de la *dissenting opinion*, también admitida por el artº 164 de nuestra Constitución. Es éste, a nuestro juicio, un nuevo argumento que nos muestra la funcionalidad de este mecanismo legal a efectos de su contribución en pro de la independencia real de los jueces constitucionales.

Debemos de efectuar una última consideración. La irreelegibilidad inmediata no quiebra la continuidad del Tribunal, pues ésta se halla garantizada por la doble circunstancia del largo plazo de desempeño del cargo y de la opción por una renovación parcial, que no total, del Tribunal. Al mismo tiempo, la irreelegibilidad, aunque sea tan sólo inmediata, evita la inercia ínsita a todo proceso de reelección indefinida y soslaya la petrificación del Tribunal. En definitiva, contribuye a fortalecer su independencia y, de este modo, constituye un freno frente a la vinculación partidista de los jueces constitucionales.

13. La cualificación técnico-jurídica para el acceso al cargo

Debemos abordar finalmente un quinto y último mecanismo orientado a la salvaguardia de la independencia del Tribunal y a su correlativa despolitización. Nos referimos a la exigencia constitucional de una **cualificación técnico-jurídica** para poder ser propuesto juez constitucional.

Ya **Kelsen** consideraba de la mayor importancia otorgar en la composición de estos órganos un lugar adecuado a los juristas de profesión, tal y como ya indicamos.

En tal exigencia, subyacía toda una filosofía en torno a este tipo de órganos, que debían presentarse como órganos técnicamente cualificados. **Leibholz**, tras significar que el juez constitucional debía tener una comprensión más amplia y elaborada de la política y de las fuerzas sociales actuantes en ella, que el juez ordinario, reclamaba como necesario un procedimiento de nombramiento de esos jue-

ces que garantizara a la par su competencia profesional.

En el Derecho comparado, como ya dijimos, es norma común la exigencia de unos determinados requisitos tendentes a garantizar un conocimiento técnico-jurídico para el acceso a los Tribunales Constitucionales. Se puede decir con **Zagrebelky** que mientras la elección de los jueces constitucionales por órganos de señalada naturaleza política contribuye a la elección de personas dotadas de la necesaria sensibilidad política, la exigencia de esta cualificación garantiza la imprescindible tecnicidad de los Tribunales Constitucionales.

La determinación del artº 159.2 de que los miembros de nuestro Tribunal Constitucional sean 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, está inspirada por el artº 135 de la Constitución italiana, bien que éste presente diferencias de matiz importantes, como, por ejemplo, circunscribir la exigencia de un determinado período de ejercicio del cargo (20 años) tan sólo a los Abogados.

A la vista de las previsiones del artº 159.2 de la Constitución y del artº 18 de la Ley Orgánica del Tribunal, se imponen algunas consideraciones.

De entrada, y desde una perspectiva histórica, es patente el avance experimentado respecto a 1931. Nuestros legisladores han optado por una fórmula peculiar y que, al margen ya de su inspiración en otros modelos foráneos, nos ofrece unos perfiles propios y, a nuestro juicio, no excesivamente afortunados.

La primera reflexión que se impone es la gran amplitud con que se contemplan estos requisitos. El profesor **Rubio Llorente** ha llegado a decir que el constituyente podía haber prescindido de la enumeración limitativa de las categorías profesionales sin que ello alterara el contenido de la norma. La generalidad de los términos utilizados cubre, en efecto, la totalidad de las profesiones jurídicas. Ello, qué duda cabe, que, como advirtiera **Trujillo**, puede favorecer las relaciones de lealtad-devoción hacia las fuerzas políticas que postulan las respectivas candidaturas.

En todo caso, hemos de reconocer con **García Pelayo**, que aunque los límites son muy amplios, se trata de límites al fin.

Por otro lado, es preciso señalar que la realidad nos muestra que hasta la fecha la competencia de las personas elevadas al Tribunal Constitucional está fuera de toda duda. A este respecto, desde una perspectiva empírica, quizá convenga constatar que nuestro Tribunal, en lo que a su composición se refiere, se ha ajustado a lo que en 1959 escribiera el norteamericano **Taylor Cole**, y un cuarto de siglo más tarde refrendara en Europa el francés **Louis Favoreu**, esto es, que los Tribunales Constitucionales europeos se caracterizan por una muy significativa presencia de profesores universitarios. Pues bien, nuestro Tribunal no sólo sigue esa orientación en lo que a su composición se refiere, sino que en él se acentúa sensiblemente.

En efecto, un 65% de sus miembros han sido o son profesores universitarios de disciplinas jurídicas, más aún, si atendemos a los quince magistrados propuestos hasta ahora por el Congreso, el Senado y el Gobierno, veremos cómo un total de trece han sido o son catedráticos de Universidad. **Favoreu** ha justificado tal circunstancia en la independencia intelectual y moral de este profesorado, apreciación con la que coincidimos por entero.

14. La praxis de la elección de los magistrados

Queremos para terminar referirnos a lo que revela la praxis de las elecciones de Magistrados constitucionales en estos años.

Si algún rasgo se puede entresacar de la **composición inicial** del Tribunal éste es el del consenso entre las dos grandes formaciones políticas, UCD y PSOE, en lo que al nombramiento de magistrados se refiere, consenso que se extendería no sólo a los propuestos por las Cámaras, sino también a los propuestos por el Gobierno y, unos meses después, a los elegidos por el Consejo General del Poder Judicial.

El "talón de Aquiles" de la negociación entre UCD y PSOE residiría en la no ampliación del consenso a otras fuerzas parlamentarias co-protagonistas del proceso constituyente. Esta circunstancia se traduciría en el debate parlamentario en torno a las pertinentes propuestas de magistrados. En él, el diputado comunista **Jordi Solé Tura** defendería la conveniencia de una decisión unánime por parte de la Cámara en supuestos como el que ahora nos ocupa, o por lo menos, una decisión que contase con el mayor respaldo posible, lo que no se produciría, obviamente. Los magistrados propuestos por la Cámara baja lo sería por un número de votos que rondó los 250, cuando sólo entre UCD y PSOE

totalizaban 289 escaños.

Las circunstancias expuestas darían lugar a que en los medios de comunicación se hablara de "mal consenso", que se produce cuando los acuerdos del Gobierno con la Oposición sacrifican posiciones de principios e inmolan a hombres también de principios en aras de la componenda y del prorratio de influencias.

Como ya indicamos antes, el acuerdo centrista-socialista se mantendría incluso para los dos magistrados que restaban por designar por el Consejo General del Poder Judicial, que lo serían en noviembre de 1980, permaneciendo un mes después cuando el Congreso procedió a elegir a don **Antonio Truyol** en sustitución del dimitido don **Aurelio Menéndez**.

Pierre Bon, analizando lo acaecido en España en este primer período, establecería una equiparación con Alemania, al significar que la mayoría cualificada exigida en ambos países había conducido a similares actitudes por parte de las dos grandes formaciones políticas.

El equilibrio a que venimos refiriéndonos quebraría a fines del año 1982, tras la muerte de don **Plácido Fernández Viagas**, quien sería sustituido por el Consejo General del Poder Judicial por don **Francisco Pera Verdaguer**, magistrado de talante más conservador, propuesto en enero de 1983.

Por esas mismas fechas, tenía lugar el primer sorteo para la renovación del Tribunal, en el que resultaba elegido el grupo de magistrados constitucionales propuesto por el Congreso. A partir de este momento, se perfilaban dos actitudes: la del Grupo Socialista, que se inclinaba por la renovación parcial de los magistrados cesantes (manteniendo a dos y cesando a otros tantos), y al del Grupo Popular, que propugnaba o la renovación total o, alternativamente, la reelección de los cuatro magistrados que habían de ser renovados.

La paralización de importantes recursos que afectaban a no menos trascendentes temas de Estado no propició el entendimiento; por el contrario, las discrepancias se acentuaron aún más si cabe.

Don **Manuel García Pelayo** abogaba en marzo por la neutralidad del Tribunal, aduciendo que no podía convertirse en una tercera cámara. Sin embargo, habría que esperar hasta fines de septiembre para que -con siete meses de retraso- las propuestas quedaran formalizadas, optándose, como

es sabido, por la reelección en bloque de los cuatro magistrados.

En este intervalo, el instituto de la *prorogatio* se reveló como de especial utilidad, pues de no haberse admitido en la Ley Orgánica del Tribunal, éste habría quedado funcionando con tan sólo ocho magistrados, lo que le habría privado de fuerza moral para enfrentarse con algunos de los temas pendientes; recordemos, por ejemplo, que poco antes que se produjese formalmente la renovación del Tribunal, éste fallaba acerca de los recursos previos de inconstitucionalidad presentados contra la LOAPA.

La segunda renovación parcial del Tribunal, en febrero de 1986, afectaría a los magistrados propuestos por el Gobierno y el Consejo General del Poder Judicial; a estos magistrados se uniría la elección de otros dos, uno propuesto por el Congreso, y otro por el Senado, que habrían de sustituir a otros tantos magistrados que, previamente, habían solicitado su cese.

Como rasgo general de todos estos nombramientos, señalaríamos tan sólo la quiebra del consenso, al menos entre las dos grandes fuerzas político-parlamentarias, así como la desvinculación del Gobierno de todo compromiso con otras formaciones políticas distintas de la gubernamental a la hora de proceder a elegir a los dos magistrados a que tenía derecho.

Todo ello nos muestra que se ha iniciado una dinámica en verdad preocupante. No es que las propuestas deban formularse por unanimidad (ello, desde luego, sería una hermosa utopía), pero sí parece deseable que las candidaturas que se propongan vengán respaldadas por el más amplio elenco parlamentario.

Es evidente a nuestro entender, que la iniciativa de las propuestas debe corresponder al partido con más apoyo parlamentario, pero no es menos patente la conveniencia de la negociación con otras formaciones y, a ser factible, la propuesta consensuada. Lo contrario podría conducir a una dinámica de progresiva politización de las propuestas con el consiguiente peligro de desacreditación de la institución, circunstancia que hasta el momento, afortunadamente, no se ha producido.

Hemos de poner punto final a nuestra exposición. Y lo vamos a hacer con la esperanza con que **Mauro Capelletti** cierra su clásico libro sobre "El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el Derecho comparado". Esperanza en la Justicia Constitucional que expresa la vida misma, la realidad dinámica de la sociedad y el devenir de la Constitución en su acomodo a la realidad social concreta.

ANEXO

TITULO IX Del Tribunal Constitucional

Art. 159.

1. 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 (2).

2. 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.

3. Los miembros del Tribunal Constitucional serán designados por un período de nueve años y se renovarán por terceras partes cada tres.

4. La condición de miembro del Tribunal Constitucional es incompatible: con todo mandato representativo; con los cargos políticos o administrativos; con el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato y con el empleo al servicio de los mismos; con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal, y con cualquier actividad profesional o mercantil.

En lo demás, los miembros del Tribunal Constitucional tendrán las incompatibilidades propias de los miembros del poder judicial.

5. Los miembros del Tribunal Constitucional serán independientes e inamovibles en el ejercicio de su mandato.