

Un grave error

ALEJANDRO SAIZ ARNAIZ y RAFAEL JIMÉNEZ ASENSIO

"Por imperativo constitucional, sólo pueden ser nombrados magistrados del Tribunal Constitucional quienes reúnan la condición de "juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional", por lo que no es poco común ni puede extrañar que, antes de integrarse en el colegio de magistrados, en el ejercicio de sus respectivas profesiones de procedencia, sus miembros se hayan pronunciado voluntaria u obligadamente sobre materias jurídicas que, finalmente, pueden llegar a ser objeto directo o indirecto de la labor de enjuiciamiento constitucional que tienen legalmente atribuida".

En estos términos se expresaba el Pleno del Tribunal Constitucional hace muy poco más de un año al desestimar —en un procedimiento distinto— la recusación planteada entonces por el Grupo Parlamentario Popular contra el magistrado Pérez Tremps (ATC 18/2006, de 24 de enero, FJ 3). Ahora, sin embargo, el incidente de recusación resuelto el pasado lunes tras la admisión a trámite del recurso de inconstitucionalidad de los diputados populares contra la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña ha sido estimado por el Pleno. Tres de los magistrados que entonces votaron contra la recusación han variado el sentido de su voto: ¿qué ha cambiado en estos meses? Desde luego, y a la espera del texto de la resolución, no lo ha hecho ni la condición del recusado ni la naturaleza de los hechos en los que la recusación quiere sustentarse: aquélla y éstos son idénticos.

La recusación no debía de haberse admitido a trámite, como se inadmitieron, a nuestro juicio correctamente, las planteadas contra la presidenta Casas Baamonde y contra el magistrado García Calvo. Al no hacerlo y, más aún, al llegar a la decisión estimatoria, la mayoría del Tribunal asume un entendimiento de la imparcialidad que no parece demasiado compatible con su propia posición institucional.

El Tribunal Constitucional no forma parte del poder judicial. Se trata de una obviedad que se manifiesta en su máxima expresión cuando aquél actúa su competencia de control de constitucionalidad de la ley. Entre otras razones, por el modo de designación de sus miembros, por la jurisdicción que ejerce y por la legitimación para recurrir o plantear cuestiones ante el mismo, el Tribunal Constitucional no es poder judicial. Los magistrados que lo integran, todos ellos, se proponen al Rey para su nombramiento por órganos políticos; para el planteamiento del recurso de inconstitucionalidad únicamente se encuentran legitimados órganos políticos o fracciones de éstos. (además del Defensor del Pueblo) y, en fin, el objeto del proceso constitucional es en este caso la reforma de un Estatuto de Autonomía, una Ley orgánica investida de la máxima dignidad democrática sobre la que se han pronunciado, alcanzándoselas necesarias mayorías políticas, el Parlamento de Cataluña, las Cortes Generales y el pueblo de la Comunidad Autónoma.

El propio Tribunal Constitucional, en los autos mediante los que resolvió (desestimándolas) las sucesivas recusaciones planteadas por el Gobierno vasco contra el entonces presidente Jiménez de Parga, al hilo del recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica de Partidos Políticos, pareció asumir, aunque sin extraer consecuencia alguna de su afirmación, la singularidad que el instituto de la recusación plantea en este ámbito "dado el

carácter abstracto que reviste el examen de la constitucionalidad de las Leyes o normas con rango de Ley" (AATC 61/2003, de 19 de febrero, FJ 3, y 224/2002, de 20 de noviembre, FJ 3).

Así las cosas, creemos que las causas de recusación han de ser objeto de una interpretación estricta y han de proyectarse, en principio, únicamente sobre la actividad de los magistrados constitucionales sucesiva a su nombramiento como tales. Lo primero, por las singulares circunstancias (muy alejadas de la aplicación judicial de la ley) que rodean el control de constitucionalidad; lo segundo, porque de no hacerse así se estaría cerrando las puertas a la presencia en el Alto Tribunal de juristas de prestigio que en virtud de su actividad profesional previa se hubieran pronunciado sobre materias más tarde sometidas al conocimiento del Tribunal.

Pongamos algunos ejemplos. Un repaso a la hemeroteca, en los momentos previos a cada renovación del Tribunal Constitucional, nos descubriría las relaciones de estrecha amistad que, en no pocas ocasiones, vinculan a quienes son promovidos al cargo con tal o cual diputado o senador relevante para la toma de la decisión o incluso promotor de la misma.

Con seguridad, esa situación se da también entre algunos de los integrantes del Tribunal en su composición actual. ¿Contamina la imparcialidad del magistrado esa relación previa cuando el mismo debe de pronunciarse en el marco de un recurso de inconstitucionalidad firmado, entre otros, por su valedor político, además de amigo? Creemos que no: la extracción política de los miembros del Tribunal Constitucional puede hasta justificar, algunos dirían que hacer necesaria, esa relación (guste más o menos, que esa es otra cuestión).

Los miembros del Tribunal Constitucional, no lo olvidemos, pueden incluso militar en partidos políticos.

En algunos Estados europeos en los que el control de constitucionalidad se practica de manera parecida a como se hace en el nuestro, es relativamente frecuente que personalidades políticas pasen en algún momento de su vida profesional a formar parte de Tribunales Constitucionales o de órganos similares. Así sucede ejemplarmente en Francia, pero algunos ejemplos podrían darse también en Italia y Alemania, países estos últimos que en buena medida se utilizaron como modelo en el diseño de nuestra justicia constitucional. Nunca nadie ha recusado a esas personalidades cuando han participado como magistrados constitucionales en juicios de validez sobre leyes cuyo contenido, en su condición de ministros o parlamentarios, habían contribuido a fijar más o menos decisivamente. En España ya tenemos también un precedente: nunca nadie puso tampoco en tela de juicio la imparcialidad del magistrado De los Mozos, que después de casi tres años de portavoz adjunto del Grupo de Coalición Popular en el Senado pasó, sin solución de continuidad, a integrar el Tribunal Constitucional.

La condición de magistrado constitucional se anuda a una antigüedad en la práctica jurídica y a la reconocida competencia en la misma (artículo 159.2 CE). En el caso de los profesores de Universidad, el reconocimiento, qué duda cabe, resulta básicamente de la obra escrita. Una obra que es en no pocas ocasiones el resultado del encargo de instituciones públicas o privadas y que sólo si ve la luz puede ser considerada —en su caso— como mérito profesional. Los trabajos académicos se utilizan, en no pocas ocasiones, para

facilitar la obra del legislador, pero por el solo hecho de integrar los dosieres parlamentarios no se convierten en material que *per se* condicione la decisión normativa. Esto parece tan evidente que, por ejemplo, en Alemania la Ley del Tribunal Constitucional Federal excluye expresamente como causa de recusación las opiniones científicas de los jueces constitucionales relativas a temas jurídicos objeto del recurso artículo 18.3).

El magistrado Pérez Tremps elaboró, antes de su incorporación al Alto Tribunal, un estudio que "se mueve exclusivamente en el campo de la contribución académica, racional, doctrinal y teórica sobre las diversas opciones y posibilidades de tratamiento jurídico que ofrece el marco constitucional y estatutario sobre la acción exterior y europea de las Comunidades Autónomas". Así lo reconoció el propio Tribunal Constitucional hace doce meses (ATC 18/2006, de 24 de enero, FJ 3): ¿qué ha cambiado en este tiempo?

La *nueva* doctrina sobre, imparcialidad de los magistrados constitucionales provocará, con seguridad, serios problemas de funcionamiento a un Tribunal que, desde hace ya un tiempo, no parece pasar por sus mejores momentos. Se incentiva el planteamiento cruzado de incidentes de recusación, dificultándose así aún más la toma de decisiones, y se abren las puertas (ya se han abierto: basta para comprobarlo la lectura de la prensa de estos días) a la ocupación política grosera de nuestro más autorizado órgano de garantía constitucional, que se parece, cada día un poco más al Consejo General del Poder Judicial. Se dificulta, en fin, la presencia de académicos en el Tribunal Constitucional, salvo que se prefiera a los ágrafos o se opte, como algunos parecen desear, por la definitiva judicialización de su composición.

Este grave error no tiene remedio, pero el Tribunal puede y debe recuperar el prestigio perdido. Eso, al menos, creemos algunos.

Alejandro Saiz Arnaiz y Rafael Jiménez Asensio son catedráticos de Derecho Constitucional de las universidades Pompeu Fabra y Ramon Llull, respectivamente.

El País, 8 de febrero de 2007