

EL PERFIL DEL PRIMER JUEZ CONSTITUCIONAL¹

ENRIC FOSSAS ESPADALER
Catedrático de Derecho Constitucional
Universitat Autònoma de Barcelona

TRC, n.º 53, 2024, pp. 227-250
ISSN 1139-5583

SUMARIO

I. Introducción. II. El Tribunal Supremo de Marshall: hombres de Estado. III. El Tribunal Constitucional de Kelsen: políticos y especialistas. IV. Los Tribunales Constitucionales de Alemania e Italia: jueces para la democracia. V. El Tribunal Constitucional de García Pelayo: los catedráticos de la transición. VI. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas tratados por la literatura sobre la jurisdicción constitucional es el que aborda los procesos de selección, designación y nombramiento de los jueces que integran el órgano que la ejerce, ya sea el Tribunal Constitucional en el sistema de control concentrado, o el Tribunal Supremo, si se trata de un sistema difuso que culmina en esa última instancia, cuyos pronunciamientos sobre la constitucionalidad son comparables a los del primero. Quizá menos atención ha merecido el estudio de los requisitos que deben reunir los candidatos a jueces constitucionales, sus cualificaciones profesionales, su formación académica y sus circunstancias personales, fijados en normas constitucionales y legales que a menudo establecen también las incompatibilidades del cargo. Tampoco ha suscitado gran interés, al menos en Europa, el perfil de los magistrados que finalmente

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación “La evolución del Tribunal Constitucional y la construcción de su identidad institucional” (Ministerio de Ciencia e Innovación, 4749124370-124370-4-21). IP: profesora M. Ahumada (Universidad Autónoma de Madrid). Quiero agradecer a la profesora Ahumada, y a los profesores M. Beltrán, M. Cachón y V. Ferreres sus comentarios y sugerencias sobre el primer texto del artículo.

vienen integrando tales órganos, el cual se ha ido dibujando en cada país a lo largo del tiempo. Se trata sin duda de uno de los elementos definidores de la identidad de esos Tribunales pues a nadie escapa que las instituciones dependen esencialmente de las personas que las integran, así como de la percepción que sus miembros tienen de aquéllas. Ésta es la principal tesis que sostiene G. Zagrebelsky (2008: 12) en su conocida obra *Principios y votos*, donde afirma que la vida del Tribunal Constitucional (refiriéndose al italiano) depende más de los jueces que de las reglas a las cuales están sometidos pues aquéllos “son la institución y la hacen ser como es”.

El conocimiento de la historia de los Tribunales demuestra que, al igual que los procesos de selección, también el perfil de los magistrados se ha configurado solo parcialmente mediante normas escritas, pues junto a éstas han sido determinantes el contexto histórico, la cultura política y jurídica de cada país, así como los acuerdos, las convenciones y las prácticas que a menudo se remontan a su creación. Este trabajo quiere fijarse precisamente en ese momento inicial de tales Tribunales, el cual ha coincidido normalmente con un proceso constituyente, una transición política o el período fundacional de un nuevo régimen. La composición de una institución que ve la luz por primera vez en alguna de estas circunstancias dice mucho acerca de las orientaciones e intenciones de sus fundadores, y de los propósitos de los “constituyentes” que llevaron a cabo la designación de sus miembros.

Las páginas que siguen son una primera aproximación al estudio del perfil de los magistrados presentes en el nacimiento de la jurisdicción constitucional a los dos lados del Atlántico, para conocer las reflexiones, las normas y las prácticas que dieron lugar al primer juez constitucional. No es pues un trabajo dedicado a reflexionar sobre el juez constitucional en abstracto ni pretende establecer las características que deberían definirlo idealmente. Su propósito es mucho más modesto puesto que solo pretende conocer el perfil profesional y personal de los primeros jueces constitucionales en Estados Unidos y en Europa aceptando que, a pesar de las diferencias entre los dos modelos de justicia constitucional, nada impide que este aspecto de la jurisdicción pueda ser comparado, como acredita la literatura (por ejemplo, Rogowski y Gawron, 2016). El trabajo abordará pues el perfil de los jueces en el momento de la creación de la jurisdicción constitucional, en el Tribunal Supremo de los EE.UU. presidido por John Marshall (II), y posteriormente en el Tribunal Constitucional austríaco de Hans Kelsen (III), el más destacado en la formación del sistema europeo. Como se verá, las distancias en el espacio y el tiempo, así como las disparidades en el contexto histórico y cultural, no impiden trazar similitudes y diferencias en las características de los primeros jueces constitucionales.

Más allá de estos dos Tribunales, en los que históricamente encontraríamos a los genuinos primeros jueces constitucionales, el trabajo ha querido dirigir su mirada a otros tres Tribunales que, a pesar de no ser propiamente los primeros de cada país, sí nacieron con la fundación de un nuevo régimen político por obra de

una Constitución que rompía con el sistema anterior. Ciertamente, Alemania, Italia y España contaban, respectivamente, con alguna forma más o menos desarrollada de justicia constitucional antes de sus primeros Tribunales Constitucionales: la experiencia y los proyectos de Weimar, la Alta Corte para la Región de Sicilia junto a un incipiente control difuso, y nuestro Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República. Aunque en circunstancias diversas, y por motivos también distintos, tales experiencias no tuvieron continuidad. De modo que en esos tres países europeos, el Tribunal Constitucional se creó *ex novo* por una decisión del constituyente y en el contexto de la fundación de un nuevo régimen constitucional democrático tras conflictos bélicos y regímenes autoritarios. Es en este sentido, en tanto que nuevos Tribunales nacidos en un momento fundacional, que hemos considerado a los miembros de estos tribunales como “primeros” jueces constitucionales. Tampoco aquí la disparidad de momentos y contextos entre Alemania e Italia impide su estudio conjunto (IV), si bien hemos dedicado un apartado separado al Tribunal Constitucional español de la transición política (V). Los tres Tribunales, en todo caso, realizaron una función que facilitó la transición a la democracia aportando un sistema pacífico de resolución de conflictos a la luz de un pasado autoritario y violento, un mecanismo purificador de los elementos autoritarios de las leyes, y el establecimiento de una nueva retórica para legitimar al Estado basada en el respeto a los valores democráticos y los derechos fundamentales (Stone, 2013: 827).

II. EL TRIBUNAL SUPREMO DE MARSHALL: HOMBRES DE ESTADO

En el conocido ensayo sobre el Poder Judicial (*The Federalist* nº 78, de 1788), Hamilton defendió el poder de los jueces federales para declarar inválidas las leyes contrarias a la Constitución, misión para la cual debían mostrar especial fortaleza: “...it is easy to see that it would require an uncommon portion of fortitude in the judges to do their duty as faithful guardians of the constitution, where legislative invasions of it had been instigated by major voice of the community”. Para cumplir fielmente su “ádua obligación”, era preciso que los jueces constitucionales tuvieran un mandato de por vida (*permanent tenure*), pues ello era lo que más contribuía a su “espíritu independiente”. Ese mandato permanente garantizaba asimismo otra de las cualificaciones requeridas a los magistrados: el conocimiento de los precedentes —que evita la arbitrariedad de los tribunales— lo cual exigía un “largo y laborioso estudio”, y de ahí que “few men in the society (...) will have sufficient skill in the laws to qualify them for the stations of judges” (Hamilton, 1982: 399).

La vinculación que establecieron los “padres fundadores” entre la función/obligación de guardián de la Constitución y las cualidades y calificaciones de los miembros del Tribunal Supremo —fortaleza frente al legislador, carácter independiente y conocimiento del Derecho— fue captada unos años más tarde por el gran observador de la democracia americana. Entre sus lúcidas reflexiones,

Tocqueville constató en la primera parte de su obra, publicada en 1835, el enorme poder que ostentaba el Tribunal Supremo (el epígrafe se intitula *Rang élevé qu'occupe la Cour Suprême parmi les grands pouvoirs de l'État*), y describió las cualidades que a su parecer debían reunir sus jueces: “*Les juges fédéraux ne doivent donc pas seulement être de bons citoyens, des hommes instruits et probes, qualités nécessaires à tous magistrats, il faut encore trouver en eux des hommes d'État; il faut qu'ils sachent discerner l'esprit de leur temps, affronter les obstacles qu'on peut vaincre, et se détourner du courant lorsque le flot menace d'emporter avec eux-mêmes la souveraineté de l'Union et l'obéissance due à ses lois*” (Tocqueville, 1981: 227). El polifacético aristócrata francés intuyó pues que el gran poder del máximo tribunal federal requería que sus miembros poseyeran no solo las cualidades de todo juez (instrucción y probidad), sino que fueran hombres de Estado que captaran el espíritu de los tiempos, y exhibieran una capacidad para “apartarse de la corriente cuando la marea amenace con arrastrarlos a ellos junto a la soberanía de la Unión”, seguramente intuyendo los futuros peligros de la federación.

Ninguna de estas reflexiones sobre las características que deberían reunir los jueces constitucionales se tradujeron en disposiciones de la Constitución federal americana, ni tampoco en el *common law* federal, que no exigían requisitos para los jueces federales ni para los del Tribunal Supremo. En realidad, ninguno de ellos era propiamente juez constitucional en los albores del nuevo Estado Federal pues, como es sabido, ni la Constitución de 1787 ni la *Judiciary Act* de 1789 atribuían a los jueces la función del *judicial review* de las leyes federales, que se consagró con la sentencia *Marbury v. Madison* de 1803. A diferencia, pues, de lo que ocurrirá con el modelo concentrado desarrollado en Europa, regulado en la propia Constitución, el modelo americano permite un amplio margen para la definición del perfil del juez constitucional (entendido aquí como juez del Tribunal Supremo), que se ha dibujado a lo largo de la historia a base de normas no escritas y de convenciones asentadas en las instituciones que intervienen en la selección y designación de los miembros del alto Tribunal. En este proceso tiene la iniciativa el presidente, que ostenta la competencia para la nominación de los candidatos, pero con el tiempo ha adquirido cada vez más importancia política y mediática el papel del Senado (en particular, los *hearings* en el *Judiciary Committee*), al que corresponde confirmar o rechazar la propuesta presidencial, lo cual ha redundado en una mayor calidad del perfil de los jueces (Comiskey, 2004: 85).

A través de esas convenciones se ha llegado a asentar la idea de que los candidatos a jueces del Tribunal Supremo deben reunir tres tipos de cualificaciones: representativas, profesionales y doctrinales (Wasby, 1988:116). Las primeras se refieren a la búsqueda de equilibrios territoriales o religiosos en la composición del Tribunal, y en este punto debe señalarse el dato sorprendente de que el Tribunal no contara con una mujer entre sus miembros hasta el año 1981, en el que Sandra Day O'Connor fue nombrada por Ronald Regan. La cualificación profesional ha sido otro de los criterios para la selección de los candidatos, y se ha ido asentando con el tiempo. La ausencia de requisitos legales permitió que

accedieran al Tribunal Supremo numerosos hombres sin formación jurídica, siendo el último de ellos el juez Stanley Forman Reed, que culminó su mandato en 1957. Sin embargo, desde sus inicios la mayoría de los miembros que han integrado el Tribunal han desempeñado previamente alguna profesión jurídica (abogados, fiscales, letrados, profesores de Derecho, magistrados), siendo la más común la de jueces federales con mayor o menor experiencia. Asimismo, disponer de un título de licenciado en una de las más prestigiosas Facultades de Derecho de los EE.UU. (Harvard, Yale) se ha convertido en uno de los pre-requisitos más importantes para conseguir la nominación ante el Senado, así como una buena nota en la previa calificación que realiza para el Presidente la poderosa *American Bar Association* (Stüwe, 2016: 242). Junto a ese perfil jurídico se ha valorado a menudo el previo desempeño de cargos políticos en el poder ejecutivo (jefes de gabinetes, altos cargos del Departamento de Justicia como *Solicitor General*), el legislativo (miembros del Congreso, del Senado o de las Cámaras de los Estados), además del judicial, con la ya mencionada presencia de jueces federales (*District Courts* y *Courts of Appeals*). Este aspecto del perfil de juez constitucional explica que algunos de los miembros más emblemáticos del Tribunal Supremo hayan ocupado previamente importantes puestos en los otros poderes federales o estatales. El primer presidente, John Jay, nombrado por Washington en 1789, fue uno de los “padres fundadores” y coautor de *The Federalist Papers*. Había sido gobernador de Nueva York, Secretario de Estado, embajador en España, y jefe de la diplomacia al firmarse el Tratado de París por el que Gran Bretaña reconoció la independencia de los EE.UU. Finalmente, las cualificaciones “doctrinales” se refieren a las afinidades ideológicas de los candidatos con el presidente que les nombra pues desde sus inicios el 90% de los jueces del Tribunal Supremo han sido próximos a su partido, en muchos casos de forma explícita, aunque la militancia activa puede convertirse en un demérito. La cualificación doctrinal se relaciona igualmente con la posición “jurisprudencial” mantenida por el candidato, esencialmente en las opiniones y decisiones adoptadas como Juez —lo que se podría llamar su “filosofía constitucional”—, o la posición mantenida en relación a concretas cuestiones que sean importantes para el presidente que les propondrá.

Si nos fijamos en los primeros jueces propiamente constitucionales (en el sentido que aquí utilizamos) podemos comprobar que todos ellos efectivamente exhiben ese perfil de juez que es a la vez jurista y hombre de Estado. Empezando por el propio John Marshall, el cuarto presidente del Tribunal Supremo, y autor de la sentencia *Marbury v. Madison*, que antes de ser nombrado en 1801 por el Presidente John Adams fue abogado, delegado de Virginia en la ratificación de la Constitución, diplomático, miembro de la Cámara de Representantes y Secretario de Estado nombrado también por Adams. Los cinco jueces (*associate justice*) que integraban el Tribunal junto al presidente en el momento de la histórica sentencia, respondían asimismo a esa tipología, aunque su carrera se desarrollara mayormente a nivel estatal más que federal. William Cushing (1789-1810) era graduado en Harvard, fue abogado y presidente del Tribunal

Superior de Massachusetts. William Paterson (1793-1806), también graduado en Derecho en Princeton y abogado, participó en la redacción de la Constitución y fue *Attorney General* del Estado de New Jersey, de donde fue senador y Gobernador. Samuel Chase (1796-1811), graduado en Derecho y abogado, fue uno de los firmantes de la Declaración de Independencia, presidente de Corte penal del Distrito de Baltimore y de la *General Court* de Maryland. Washington Bushrod (1798-1829), amigo de Marshall, estudió Derecho y fue abogado en Virginia, de cuyo Estado fue delegado en la convención de ratificación de la Constitución. Alfred Moore (1799-1804) estudió Derecho en North Carolina, donde trabajó de abogado, sirvió en el Ejército durante la Guerra Civil, y fue *Attorney General* de ese Estado, del que fue miembro de la Cámara de Representantes y candidato al Senado. (Supreme Court Historical Society. <https://supremecourthistory.org>). El perfil de los primeros jueces constitucionales de los EE.UU. muestra pues el peso que tuvo su carrera política y su protagonismo en los trabajos fundacionales, razones que seguramente influyeron en la decisión de los presidentes Washington y Adams para nombrarlos para el más alto Tribunal de la Nación. Estas características se prolongaron durante el siglo XIX, en el que siguieron abundando los magistrados (ninguna mujer) juristas (aunque no siempre), con previas carreras judiciales (Presidentes de los Tribunales Supremos de los Estados y/o jueces federales) y políticas (senadores, congresistas, miembros del gabinete), algunos con clara militancia partidista o ideológica (Comiskey, 2004). En el siglo XX se puede constatar una cierta “despolitización” del perfil de los jueces del Tribunal Supremo por cuanto ya no disponen de una marcada carrera política, y se observa una tendencia hacia un perfil predominantemente jurídico —graduado en las mejores Facultades de Derecho de EEUU y con experiencia judicial en los tribunales federales— aunque la mayoría de ellos han desempeñado altos cargos en la Administración federal o en la Universidad. En todo caso, los candidatos han mostrado cada vez más una clara alineación ideológica con el presidente que los nombra, especialmente a partir de Reagan.

A la vista de lo expuesto, podría concluirse que en EEUU, ante la ausencia de requisitos constitucionales y legales, la práctica y las reglas no escritas han ido dibujando, desde los orígenes del Tribunal Supremo, un perfil de juez constitucional seguramente no alejado de las intuiciones de los padres fundadores, que vieron como los “guardianes de la Constitución” debían reunir no solo las cualidades de jueces independientes conocedores del Derecho, sino también esa especial fortaleza y carácter de hombre de Estado, lo cual se ha manifestado en la previa experiencia política en las instituciones federales. Debería tenerse en cuenta el peso que algunos factores pueden haber jugado en la definición de este perfil: los orígenes del constitucionalismo norteamericano, el sistema de *common law*, las características del *judicial review* y el modo de designación de los jueces del Tribunal Supremo. También, claro, la relevancia institucional que ostenta esa suerte de “aristocracia” infalible que representan los miembros del Tribunal más poderoso de la Tierra, objeto

incluso de un género literario (Arufe-Martínez, 2023). Como se verá, ello puede explicar las diferencias respecto del juez constitucional europeo.

III. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE Kelsen: POLÍTICOS Y ESPECIALISTAS

En consonancia con el carácter regulado y positivizado del sistema europeo de control de constitucionalidad, el perfil del juez constitucional en el continente —en contraste con el juez americano— se encuentra predeterminado por normas constitucionales y legales, pero junto a ellas también existen prácticas y convenciones asentadas en los distintos países que han contribuido a dibujarlo. Conviene acudir a los momentos fundacionales del sistema para conocer esas normas y las ideas que las inspiraron. Dejaremos de lado los Tribunales de Checoslovaquia, Liechtenstein y España, para centrarnos en el de Austria, en cuyo diseño y puesta en marcha intervino activamente Hans Kelsen.

En su conocido artículo “*La garantie jurisdictionelle de la Constitution*” (1928), el gran jurista de Praga reflexionó —entre otros aspectos de la justicia constitucional— sobre las características del órgano llamado a anular las leyes inconstitucionales que, a pesar de ser un legislador negativo, debía ser a su juicio un Tribunal independiente del Parlamento y del Gobierno. Al adentrarse en la organización de la jurisdicción constitucional, Kelsen afirma que ésta deberá adaptarse a las particularidades de cada Constitución, aunque existen consideraciones de carácter general, entre otras, las relativas al número de magistrados, los métodos de selección, y también al perfil de los mismos. El pasaje dedicado a este último extremo (Kelsen, 1928: 227), incluso en su traducción (Kelsen, 1988: 132), puede dar pie a varias interpretaciones. No hay duda de que al autor considera de la mayor importancia “conceder a los juristas de profesión una presencia adecuada en la composición” del tribunal, puesto que la integración de “especialistas eminentes” reforzaría su autoridad. Asimismo, estima importante “excluir de la jurisdicción constitucional a los miembros del Parlamento o del gobierno”. Sin embargo, Kelsen admite que es “tan difícil como deseable excluir de la jurisdicción de la jurisdicción constitucional toda influencia política”, y dado que existe el peligro de que los especialistas puedan dejarse determinar por consideraciones políticas, entonces es preferible aceptar la participación de los partidos políticos en la formación del Tribunal —en función de la fuerza de cada uno en el Parlamento— antes que una influencia oculta de aquéllos. En este punto, el eminente jurista parece admitir la presencia en el Tribunal de dos clases de miembros, que colaborarían entre sí: los “llamados a defender intereses propiamente políticos”, y los “especialistas (que) pueden atender a consideraciones puramente técnicas”. Sea o no correcta esta interpretación de sus palabras, la puesta en marcha del Tribunal Constitucional austríaco, en la que Kelsen participó activamente, confirmaría de forma directa y personal las consecuencias de la inevitable

politización en la primera experiencia de la jurisdicción constitucional en Europa. Como se verá, el resultado paradójico fue que la influencia política de los partidos se mostró perfectamente compatible con un perfil de juez constitucional definido como eminente jurista de profesión.

La Constitución austríaca de 1920 creó el Tribunal Constitucional (art. 140), sucesor del Tribunal Constitucional provisional de la nueva República (1919), a su vez sucesor del *Reichsgericht* del siglo XIX. El nuevo Tribunal heredó las funciones del Tribunal imperial, a las que sumó el control de la constitucionalidad de las leyes federales, inaugurando el modelo de control concentrado o kelseniano. La ley fundamental austríaca regulaba la composición y elección de los miembros del Tribunal Constitucional por parte de las dos Cámaras —Consejo Nacional y Consejo Federal (art. 147)— que tenían carácter vitalicio, pero no determinaba el número de jueces, que se fijó en la Ley sobre organización y funcionamiento del Tribunal de 1921: 12 titulares y 6 suplentes, además del presidente y el vicepresidente. Ni la Constitución ni la ley rectora del Tribunal establecían el requisito de haber ejercido una profesión jurídica. La composición del Tribunal Constitucional creado por la Constitución fue resultado de la elección de los miembros por las dos Cámaras, efectuada en julio de 1921, que prácticamente confirmó la composición del Tribunal provisional de 1919, el cual a su vez mantenía gran continuidad con el *Reichsgericht*. Los primeros miembros de ese Tribunal Constitucional fueron juristas, algunos de reconocido prestigio, como su presidente, Paul Vittorelli, que había sido presidente del Tribunal de Ejecución y del Tribunal Penal de Viena, y posteriormente (1918) Ministro de Justicia en el llamado “Ministerio de Liquidación” —en el último Gobierno de la Monarquía, siendo Ministro-Presidente Heinrich Lammash— que se encargó de administrar la disolución del Imperio austro-húngaro. El mismo Han Kelsen, que había accedido a la cátedra en la Universidad de Viena en 1919, intervino activamente en los distintos momentos del proceso constituyente austríaco iniciado en 1918 (Cruz, 1987: 246-262), a instancias del Canciller socialdemócrata de la nueva República de Austria, Karl Renner, al que le unía una relación de amistad así como una clara sintonía política (Kelsen, 2008: 118 y 130). El jurista tenía cuarenta años cuando fue nombrado magistrado en 1921. Otros miembros del Tribunal eran jueces de diversas jurisdicciones, como Friedrich von Engel o Karl Pawelka; había también abogados, como Gustav Harpner; y algunos tenían una conocida militancia política, como el socialcristiano Rudolf Ramek o el antisemita Julius Sylvester. (https://www.vfgh.gv.at/verfassungsgerichtshof/geschichte/former_members_1919-1934.en.html)

Precisamente uno de los propósitos de la posterior reforma constitucional de 1929 —junto con la transformación presidencialista de la República— fue disminuir la influencia de los partidos políticos en la composición del Tribunal, aunque el resultado final fue el contrario al anunciado. El nuevo art. 147 de la Constitución fijaba ahora el número de miembros: presidente, vicepresidente, 12 titulares y 6 suplentes. La mitad (6 titulares y tres suplentes) eran propuestos por

las dos Cámaras al presidente de la República en forma de ternas, mientras la otra mitad los proponía el Gobierno, al igual que el presidente y vicepresidente, con lo cual se producía un claro desequilibrio en favor del Ejecutivo, entonces socialcristiano. La reforma “constitucionalizaba” el perfil de los jueces constitucionales en diversos aspectos. En el profesional, exigiendo como requisitos que los candidatos propuestos por el Gobierno fueran “magistrados, funcionarios administrativos o catedráticos de las Facultades de Derecho y Ciencias Políticas”. El presidente y el vicepresidente, así como los demás miembros titulares y suplentes, debían tener terminados los estudios de Derecho o de Ciencias Políticas, y “haber ejercido durante al menos diez años una profesión o cargo en el que se exigiera tales titulaciones” (art. 147.3). Nótese pues que la Constitución no exigía que todos los magistrados fueran juristas, y que solo una parte de éstos debían ser jueces, funcionarios y profesores, aunque estas tres categorías conformaron el perfil de la mayoría de los miembros del primer Tribunal.

En el aspecto político, se generalizaban las incompatibilidades de los magistrados con el cargo de miembro del gobierno o del parlamento, tanto federal como estatal; y también con el desempeño de funciones en los partidos políticos (art. 147.4). En el aspecto personal, se eliminaba el carácter vitalicio del cargo, cuyo mandato debía finalizar al cumplir el magistrado los setenta años. Como se ha avanzado, aunque la reforma pretendía consolidar un perfil profesional de los jueces constitucionales, y evitar la politización del Tribunal, lo cierto es que su motivación fue claramente política pues tuvo su origen en el conflicto originado por el caso de las “dispensas matrimoniales”, que enfrentó al Tribunal con el partido Socialcristiano (mayoritario junto con los nacionalistas alemanes), el cual desató junto a la Iglesia Católica una sonora campaña contra el órgano jurisdiccional. Tal como explicó el mismo Kelsen en su *Autobiografía* (Kelsen, 2008:147), el plan del Gobierno era “disolver el Tribunal existente” y reemplazarlo por otro con miembros afines a la mayoría gubernamental, lo cual se llevó efectivamente a cabo mediante la Ley de transición de 1930, que cesó a todos los miembros del primer Tribunal, incluido el propio Kelsen. Este rechazó ocupar en el nuevo Tribunal uno de los dos puestos (de 14) que el Gobierno había garantizado al Partido Socialdemócrata. Así pues, el artífice del Tribunal Constitucional, que había concebido los mecanismos para su despolitización, comprobó en su persona los efectos de su total politización en manos de los partidos.

El nuevo presidente del Tribunal Constitucional fue Ernst Durig, que había sido Ministro de Justicia en la Viena imperial y presidente del Tribunal Superior de Innsbruck. Tras la “desactivación” del Tribunal en 1933 por parte del gobierno dictatorial del Canciller Dollfus, Durig aceptó la presidencia del nuevo Tribunal Federal —que asumía las funciones del Tribunal Administrativo y del Tribunal Constitucional— creado por la Constitución autoritario-corporativa de 1934, en vigor hasta la anexión alemana de Austria (*Anschluss*) en 1938. Después de la guerra se restableció la Constitución de 1920 (en la versión de 1929) y se restauró el Tribunal Constitucional (1945), en el que el mismo Durig volvió a ser su

presidente. Fue sucedido en 1946 por Ludwig Adamovich sénior, Rector de la Universidad de Viena, que ya había sido nombrado también en 1930. En esa renovación fueron asimismo nombrados otros reputados juristas. El vicepresidente Georg Froehlich, que fue jefe del Departamento constitucional en la Cancillería Federal y uno de los padres de la Constitución, autor de importantes obras de Derecho Constitucional en colaboración con Kelsen, Merkl y Adamovich. Y Adolf Pilz, que había sido Gobernador de Distrito, posteriormente (1936) nombrado Ministro de Justicia por el canciller austro-fascista Schuschnigg, sucesor de Dollfuss, aunque fue expulsado de la función pública por el régimen nazi.

IV. LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES DE ALEMANIA E ITALIA: JUECES PARA LA DEMOCRACIA

Tras el momento fundacional kelseniano, fugaz y accidentado, el sistema europeo de control de constitucionalidad se expandió después de la II Guerra Mundial en sintonía con la progresiva instauración del constitucionalismo democrático en el Continente. En sucesivas olas se crearon los Tribunales Constitucionales de Alemania e Italia en los años cuarenta —y posteriormente el Consejo Constitucional francés—, a los que siguieron los de Portugal, España y Bélgica en los setenta, y finalmente surgieron numerosos Tribunales en los países de la Europa del Este durante los ochenta y noventa tras la caída de los regímenes comunistas. También en América Latina se expandió la justicia constitucional, dando lugar a la creación de sistemas mixtos de control de la constitucionalidad de las leyes.

Tal como hemos avanzado, dado el propósito de este trabajo, nos ha parecido interesante conocer los primeros jueces constitucionales de otros Tribunales que, sin ser los que surgieron en la misma creación de la jurisdicción constitucional, nacieron con la fundación de un nuevo régimen político democrático por obra de una Constitución que rompía con el sistema anterior. De ahí que dediquemos este apartado a los Tribunales de Alemania e Italia —que inspiraron fuertemente al constituyente español— para descubrir las características de los jueces que los integraron.

Previamente, conviene señalar dos circunstancias que concurren en ambos Tribunales, y que inciden en el perfil de sus miembros en el momento de su creación. La primera es que el modelo de jurisdicción constitucional desarrollado en la Europa de entreguerras se inspira en última instancia en la *judicial review* americana, que racionaliza y codifica para adaptarla a las características de los ordenamientos y sistemas políticos europeos; pero su despliegue sigue el esquema del sistema austriaco, corregido, enriquecido y adaptado a cada país. La segunda es que los Tribunales de Alemania e Italia desempeñan un papel fundamental en los respectivos procesos políticos de transición democrática desarrollados en cada país tras la II Guerra Mundial. Ambos nacen en “periodos fundacionales” de un

nuevo régimen, en los cuales desempeñan una función “política” como poder legitimador de la Constitución y de los nuevos valores constitucionales, una tarea que difícilmente podía encomendarse a los tribunales ordinarios, y de ahí que el reclutamiento de los jueces constitucionales fuera distinto al de aquéllos (Ahumada, 2005:45).

1. Alemania: juristas y políticos sin mácula nazi

En el caso de Alemania, el Tribunal debía ejecutar una Constitución democrática en un país con una cultura política sumamente anti-democrática. El desafío era implementar los valores liberales y democráticos, y se daba la oportunidad de establecer un control de constitucionalidad sin tener que defender su legitimidad. El régimen nazi había destruido el principio democrático y el Estado de Derecho, y el Tribunal tenía la misión de restaurar ambos principios, empezando por el último. En los primeros tiempos, cuando el Tribunal de Karlsruhe trabajó en esta tarea, los ciudadanos empezaron a verlo como una “precondición necesaria para la democracia” (Collings, 2015:2). La misión histórica de los primeros jueces en la nueva República federal, después de la catástrofe nazi, no fue solo la de ser los “guardianes de la Constitución” (*Hüte der Verfassung*) sino que tenían como propósito “reconstruir la democracia a través del Derecho” (Gaillet, 2021: 35).

La Ley Fundamental de Bonn de 1949 elaborada por el Consejo Parlamentario optó por seguir el modelo austríaco de jurisdicción (exclusivamente) constitucional, y diseñó un Tribunal poderoso competencialmente, que adquirió además una inmensa autoridad por sus primeras actuaciones en la vida política de la nueva República, llamada a menudo “República de Karlsruhe”. La Constitución, en su redacción original, era lacónica al referirse al TC pues se limitaba a establecer que aquél se integraba de “magistrados federales y de otros miembros” (art. 94.1 LFB), los cuales debían ser elegidos por mitades por las dos Cámaras (*Bundestag* y *Bundesrat*), a las que no podían pertenecer (ni tampoco podían ser miembros del Gobierno ni de los órganos correspondientes de los *Länder*). El mismo precepto remitía a una Ley federal para regular “su organización y procedimiento” (art. 94.2 LFB), y así lo hizo la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal, que no fue aprobada hasta marzo de 1951, la cual concretó numerosos aspectos, entre ellos algunos relativos al perfil de los magistrados.

En efecto, esa primera ley rectora del TC no solo fijó el número de magistrados (24, divididos en dos Senados), y la duración del mandato (12 años, con posible reelección y límite a los 68), sino que estableció la edad mínima en 40 años, y concretó su cualificación profesional. Cada Senado debía integrar a 4 jueces, que eran elegidos entre los jueces de los cinco tribunales supremos de la Federación, mientras que los “otros miembros” (en la primera redacción) “debían reunir las condiciones exigidas para la función de juez o las exigidas para ejercer una función administrativa superior (...) destacando por los conocimientos específicos en

Derecho Público y por su experiencia en la vida pública” (art. 3.2). Esta disposición permitió una gran diversidad en el perfil de los primeros magistrados, si bien se reformó en 1962 para exigir también a los “otros miembros” las condiciones requeridas para ser juez —suprimiendo las demás posibilidades— con el propósito de difuminar la distinción inicial entre juristas y políticos.

El primer Tribunal, que inició su andadura en el mes de septiembre de 1951, se eligió bajo el mandato del primer gobierno de coalición entre la democracia cristiana (CDU y sus socios bávaros), los liberales (FPD) y el partido nacionalista alemán (DP), presidido por el Canciller Konrad Adenauer. Los candidatos fueron clasificados entre los gubernamentales y los de la oposición, y fueron elegidos por el Pleno del *Bundesrat* y por un Comité electoral del *Bundestag*, integrado por 12 delegados elegidos en proporción a la representación parlamentaria. Este sistema de elección indirecta y bajo confidencialidad, que rigió hasta 2015, se adoptó precisamente para evitar el debate público sobre los candidatos y las disputas partidarias sobre sus perfiles (Stüwe, 2016: 236).

Como se ha dicho, el perfil de los primeros magistrados era variado desde el punto de vista profesional: seis políticos, un alto funcionario, un diplomático, cuatro profesores de Derecho, y 8 jueces procedentes de los tribunales supremos de la Federación. Pero más allá de esta diversidad de procedencias, todos ellos compartían la historia de la Alemania de principios del siglo XX: la experiencia de Weimar, el dominio nazi y la catástrofe de la posguerra. Y todos se aferraban a su misión histórica (y política) de construir una identidad institucional para nuevo Tribunal de Karlsruhe (Gaillet, 2021:190). Al contrario de lo que ocurrió con los jueces ordinarios, ninguno de ellos estaba manchado por la colaboración con los nazis (Collins, 2015:6); es más, la mayoría de ellos había sufrido en su carrera y en su misma persona las injusticias del régimen de Hitler. Gerhard Leibholz, líder intelectual del primer Tribunal y destacado jurista de la República de Weimar, perdió su cátedra en 1935 debido a su ascendencia judía. Rudolf Katz, que era vicepresidente del Tribunal y también judío, emigró a los Estados Unidos después de la toma de poder de los nazis. Erna Scheffler, la única mujer en el primer Tribunal, perdió su condición de juez tras las leyes raciales de Núremberg. Erwin Stein ejerció varios cargos como letrado en la Administración y Juez en el Land de Hesse hasta 1933, en que fue forzado a dimitir porque su mujer, que acabó suicidándose, era judía. Martin Drath, fiel militante del SPD y ayudante de Herman Heller, fue un destacado jurista de la época de Weimar pero se vio obligado a trabajar en modestos puestos administrativos en la época nazi. Wilhelm Ellinghaus perdió su puesto de funcionario mientras Julius Federer dejó el Ministerio de Justicia por razones de conciencia tras la toma del poder por los nazis. Ernst Friesenhahn, alumno de Carl Schmitt, aunque simpatizó inicialmente con los nazis, vio truncada su carrera académica por su posterior distanciamiento del régimen. La única excepción a este perfil dominante de juez con credenciales anti-nazis fue la de Willie Geiger, jurista de varias facetas, entre otras la de Fiscal y presidente del Tribunal de Excepción de Bamberg (entre 1941

y 1943), que dictó diversas sentencias condenando a la pena de muerte. Geiger se unió en 1934 a la Asociación Nacional Socialista de Profesiones Legales, y en 1938 inició su militancia en el Partido. Dispensado en el proceso de desnazificación, fue colaborador de Thomas Delhler, el Ministro de Justicia del FPD en el gobierno Adenauer, e incluso participó en los trabajos preparatorios de la Ley del Tribunal Constitucional, en el que sirvió como juez durante 26 años!

Debe finalmente mencionarse al primer presidente del Tribunal, Hermann Höpker-Aschoff, el juez de mayor edad (66 años), un político berlinés del FDP, antiguo Ministro de Finanzas en Prusia, parlamentario del *Reichstag* en Weimar, y miembro del Consejo Parlamentario que elaboró la Ley de Bonn conocido como el “padre de la Constitución económica”. Tenía formación jurídica y fue profesor en la Universidad de Bonn. Höpker-Aschoff, amigo también del Ministro Thomas Delhler, aceptó el cargo sin entusiasmo y casi contra su voluntad después de que otros candidatos declinaran. Cedió a las presiones de Adenauer, quien le propuso inicialmente aunque posteriormente se retractó y finalmente volvió a pedirle que aceptara, en un episodio algo rocambolesco dominado por los cálculos políticos (Collins, 2015: 8).

2. Italia: el estado mayor político-administrativo y los juristas políticos

Al igual que Alemania, Italia aprobó tras su derrota en la II Guerra Mundial una nueva Constitución elaborada en 1947 por la Asamblea Constituyente, que establecía una “República democrática fundada en el trabajo” (art. 1). Se rompía así con dos décadas del régimen fascista liderado por Mussolini, si bien la creación de la nueva forma de Estado tuvo lugar propiamente con el referéndum de 1946, en el que una mayoría de ciudadanos votó por el final de la Monarquía.

Durante los debates en la Asamblea constituyente, y en la previa *Comissione Forti*, se pusieron de manifiesto las posiciones contrarias al establecimiento de un órgano de control de la constitucionalidad de las leyes, expresadas por diversas fuerzas políticas, tanto liberales como de izquierda (D’Orazio, 1981: 108; Angelici, 1974: 95); y se descartó un modelo difuso de control para optar finalmente por la Corte Constitucional siguiendo el sistema de control concentrado. La Constitución situó a la Corte en una Sección Primera del Título VI, “De las garantías constitucionales”, fijando sus competencias y su composición, pero con una doble remisión para su regulación: al legislador constitucional, para establecer las modalidades de acceso; y al legislador ordinario, para las demás normas relativas a su constitución y funcionamiento (art. 137). En cuanto a su composición, disponía que el Tribunal se integraba de quince jueces nombrados por tercios: uno por el presidente de la República, otro por el Parlamento en sesión conjunta, y el tercero por las supremas magistraturas ordinaria y administrativa. Todos por un período de doce años, sin posible reelección (art. 135). En el mismo precepto se establecían los requisitos profesionales y académicos que deben reunir

los jueces de la Corte: magistrados, incluso jubilados, de las jurisdicciones superiores ordinarias y administrativa; profesores *ordinari* de Universidad (catedráticos) en disciplinas jurídicas; y abogados con veinte años de ejercicio. La Constitución predeterminaba pues un perfil profesional de los jueces constitucionales como juristas de diversa procedencia (la judicatura, la academia y la abogacía) y con una alta calificación (por la jerarquía de los tribunales, la categoría universitaria y los años de ejercicio). Y en función de los órganos proponentes, también se prefiguraba una composición mixta entre el bloque técnico-jurídico (magistraturas) y el político-institucional (Parlamento), reequilibrados políticamente y profesionalmente (presidente de la República).

El retraso en la puesta en marcha de la Corte italiana fue aún mayor que en Alemania, pues aquélla estuvo “congelada” casi ocho años. Debido al obstruccionismo practicado por la mayoría que tenía la Democracia Cristiana en el Parlamento, y a la falta de acuerdo de los partidos sobre la fijación del *quorum* —además de los nombres de los primeros magistrados— no fue hasta el final de la I Legislatura que se aprobaron la ley constitucional (n. 1/1953) y la ley ordinaria (n. 87/1953), previstas en el art. 137 CI; y hasta la II Legislatura no se completaron los nombramientos parlamentarios, de tal forma que la Corte inició sus trabajos en abril de 1956. Poco añadían las dos leyes sobre los requisitos de los candidatos, aunque la ley ordinaria concretaba la forma de elección de los cinco magistrados por parte de las “supremas magistraturas” (art. 2), disponiendo que aquélla correspondía a tres colegios formados, respectivamente, por miembros de la Corte de casación (que designaba tres jueces), el Consejo de Estado y el Tribunal de Cuentas (un juez cada uno). Y si bien la ley no lo exigía, desde la primera elección se instauró la práctica de que cada colegio escogiera a miembros *del* propio colegio, es decir de cada magistratura, pese a poder proponer a profesores o abogados (Romboli, 2021: 40).

En cuanto a la elección de los magistrados por el Parlamento en sesión conjunta, la ley n. 87 (no la Constitución) fijaba una mayoría de tres quintos de la Asamblea en un primer escrutinio, y la de tres quintos de los votantes en los siguientes, *quorum* que fue modificado en 1967. Ya en la primera elección parlamentaria se instauró una convención, que duró hasta los años noventa, según la cual correspondía a la Democracia Cristiana la propuesta de dos jueces, uno al Partido Comunista, uno al Partido Socialista, y uno al Partido Republicano (posteriormente a uno de los partidos laicos minoritarios). (Malfatti-Panizza-Romboli, 2007: 49).

Los primeros jueces elegidos fueron los de las magistraturas superiores: Emanuele Piga, Ernesto Battaglini y Giacomo Russo por la Corte de Casación; Antonio Papaldo por el Consejo de Estado; y Augusto Ortona por el Tribunal de Cuentas. Todos ellos eran miembros de las instituciones que les nombraron y ofrecían un perfil similar: magistrados en la cúspide de su carrera, no politizados pero sí con implicación en las nuevas instituciones republicanas (Piga fue miembro de la *Commissione Forti*), presentes en numerosas comisiones ministeriales formando parte del “estado mayor político-administrativo” (Bonini, 1996: 93 y ss.).

Los cinco jueces de origen parlamentario fueron escogidos después de las elecciones de 7 de junio de 1953, que dieron el siguiente resultado, sumando las dos Cámaras: 383 diputados y senadores de centro, 290 de izquierda y 78 de derecha. Dado el desacuerdo que se daba entre los partidos, incluso sobre la necesidad de la mayoría cualificada prevista en la ley, no fue hasta noviembre que se produjo la elección de los candidatos después de ocho votaciones en la sesión conjunta de ambas Cámaras, y siguiendo la citada convención: dos propuestos por la Democracia Cristiana: Gaspare Ambrosini y Giuseppe Cappi; uno por el PSI: Mario Bracci; uno próximo al PCI: Nicola Jaeger; y uno, el mismo Secretario del Partido Liberal: Giovanni Cassandro. Las biografías de los magistrados electos muestran también un perfil similar: cuatro de ellos eran catedráticos de Derecho (Constitucional, Administrativo, Procesal e Historia), y uno abogado. Tres de ellos fueron miembros de la Asamblea Constituyente (Ambrosini, Bracci y Cappi), y la mayoría habían tenido cargos políticos: parlamentarios, ministros y dirigentes de partido.

Inmediatamente después de la elección parlamentaria, el presidente de la República, el demócrata-cristiano Giovanni Gronchi, procedió al nombramiento de los cinco magistrados que faltaban: Enrico di Nicola, Gaetano Azzariti, Tomaso Perassi, Giuseppe Capogrossi y Giuseppe Castelli Avolio. Con la nómina de los elegidos, el Jefe del Estado pretendía un cierto reequilibrio político: liberales, democristianos y republicanos para compensar los jueces de elección parlamentaria, más de centro-izquierda. El perfil de este grupo también corresponde al de juristas procedentes de la academia o la judicatura, implicados en los trabajos constituyentes, y con un marcado perfil político e institucional. Basta con señalar que di Nicola, penalista de reconocido prestigio y primer Presidente de la Corte, había ejercido numerosos cargos gubernamentales, siendo elegido Jefe de Estado italiano (provisional) por la Asamblea Constituyente, y después Presidente de la República por unos meses tras la aprobación de la Constitución. En este grupo merece destacarse la figura del napolitano Azzariti, que había aspirado sin éxito a ser propuesto por la Corte de Casación. Con una dilatada carrera judicial, desempeñó varios cargos en el seno de la oficina legislativa del Ministerio de Gracia y Justicia, del que fue nombrado titular en 1943 por Pietro Badoglio, militar de adscripción fascista que sustituyó a Mussolini tras ser derrocado por una facción del partido. Azzariti fue un antisemita convicto, que en 1938 se adhirió al Manifiesto de la Raza, y fue nombrado presidente del llamado "Tribunal de la Raza" entre 1939 y 1943, encargado de certificar la no pertenencia a la raza hebrea. A pesar de ello, tras la liberación, en junio de 1944, retomó sus funciones en el Ministerio, formó parte de la *Comissione Forti*, y fue nombrado magistrado de la Corte, que llegó a presidir entre 1957 y 1961. Finalmente, debe señalarse que la primera Corte estaba integrada exclusivamente por hombres, y no fue hasta 1996 que contó con la primera mujer, la abogada Fernanda Contri, nombrada por el presidente de la República.

V. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE GARCÍA PELAYO: LOS CATEDRÁTICOS DE LA TRANSICIÓN

El Tribunal Constitucional de España se constituyó el 12 de julio de 1980, un año y medio después de la entrada en vigor de la Constitución española, aprobada en diciembre de 1978 gracias al consenso alcanzado entre los partidos durante la transición política. Con ella se instauró un Estado Social y Democrático de Derecho equiparable al que ya existía en muchos países europeos después de la II Guerra Mundial, y se puso fin a la larga dictadura del General Franco impuesta después de la Guerra Civil. Siguiendo el ejemplo de las democracias constitucionales, la nueva Carta Magna incorporó la justicia constitucional dedicando un Título (IX) al Tribunal Constitucional, en el que se establece directamente su composición y funciones, remitiendo a una ley orgánica la concreción de su organización y funcionamiento (art. 165 CE).

La decisión de instaurar un Tribunal Constitucional suscitó pocas discrepancias entre los constituyentes que, inspirados directamente por los Tribunales Constitucionales europeos, especialmente los de Alemania e Italia, mostraron un amplio consenso no solo sobre la incorporación de esta institución en el nuevo régimen político, sino sobre su modelo y características, más allá de algunas diferencias en aspectos concretos. En esta “decisión fundamental” del constituyente poco peso tuvo el único precedente de nuestro país, el Tribunal de Garantías Constitucionales creado en el difícil contexto de la Segunda República, en un momento en el que la jurisdicción constitucional concentrada nacía en Europa. La efímera experiencia republicana se ha venido valorando en general de forma negativa debido a los graves defectos en el diseño de la institución, la politización de su composición, el perfil de sus miembros, y el desprestigio en el que cayó por su desafortunada actuación, razones por las cuales no se tomó como un ejemplo a seguir por los constituyentes de 1978. El legislador democrático, surgido de las primeras elecciones celebradas el 1 de marzo de 1979, se apresuró a aprobar con amplia mayoría la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC). Las propuestas de Magistrados del primer Tribunal tuvieron lugar en enero y febrero de 1980, a los cinco meses de aprobarse la LOTC, si bien los dos Magistrados del CGPJ no se propusieron hasta noviembre, dado que el Consejo no se había constituido aún. El Tribunal con los diez miembros nombrados se constituyó en julio de 1980, pero no actuó con la totalidad de sus miembros hasta casi dos años después de la aprobación de la Constitución, de tal forma que la “congelación” de nuestro TC fue más breve que en Alemania e Italia.

La nueva Ley fundamental de la democracia estableció la composición del TC, fijando el número en doce miembros: cuatro propuestos por el Congreso, cuatro por el Senado, dos por el Gobierno y dos por el CGPJ (art. 159.1 CE). Y fijó unos criterios sobre su perfil profesional, disponiendo que debían 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 (art. 159.2 CE). En el transcurso de los debates constituyentes se reforzó el perfil de juez “jurista” —al descartarse los profesores de Ciencias Políticas que figuraban en el Anteproyecto— entendido en un sentido muy amplio, pues se incluyó a los funcionarios públicos (Informe de la Ponencia), y se añadió el requisito de la “reconocida competencia”, reduciendo de 20 a 15 los años de ejercicio profesional. Por su parte, la LOTC introdujo el requisito de la nacionalidad española, y añadió que los quince años podían ser también “en activo en la respectiva función” (art. 18).

Ni la Constitución ni la ley rectora fijaron una edad mínima para acceder al puesto de magistrado, ni una edad de jubilación (que sí figuraba en el Anteproyecto), tampoco establecieron cupos o reservas a concretas categorías de juristas, ni determinaron el rango o antigüedad dentro de las respectivas carreras, como se hizo para los Tribunales de Alemania e Italia. La “reconocida competencia”, siendo un concepto jurídico indeterminado, permitiría una “aproximación negativa” y una exclusión de los “estados iniciales” en cada carrera (Espín, 2001:314), pero han sido las convenciones y las prácticas, ya desde el primer Tribunal, las que han concretado los detalles del perfil de magistrado. Como ha explicado el profesor Óscar Alzaga —quien participó directamente en la elaboración de la Constitución y en la tramitación de la ley del Tribunal— los dos principales partidos que negociaron ambas normas (UCD y PSOE) no solo llegaron a un acuerdo sobre el número de miembros del TC, sino que adquirieron un compromiso no escrito de que los doce primeros candidatos consensuados entre ellos serían “juristas de primer nivel de prestigio”, lo cual a su juicio se cumplió incluso con los designados por el Gobierno y el CGPJ (Alzaga, 2003: 171). De esta forma, las amplias posibilidades que ofrecían las normas constitucionales y legales sobre los requisitos de los candidatos se vieron concretadas por los acuerdos políticos que, en los primeros nombramientos, establecieron unos criterios no escritos sobre el perfil del juez constitucional.

Al igual que en los Tribunales examinados anteriormente, también en el nuestro la elección de los primeros jueces debe enmarcarse en el contexto político del momento, y en la aplicación de las reglas que hicieron las instituciones proponentes y las fuerzas políticas presentes en ellas. En este punto, cabe recordar que las primeras elecciones legislativas configuraron un Congreso de los Diputados dominado por la UCD (168), seguido por el PSOE (121), el Partido Comunista (23), Coalición Democrática (10), y otros partidos (27) entre los que destacaban CiU (8) y el PNV (7). También en el Senado la UCD ostentaba una amplia mayoría (104), seguido por el PSOE (64). El partido centrista disponía pues de mayoría en las dos Cámaras para la propuesta de los cuatro magistrados que correspondía a cada una —aunque no de los 3/5 exigidos por la Constitución— además de los dos magistrados que debía designar el Gobierno monocolor de UCD. Si bien los nombramientos del Ejecutivo le correspondían a él en exclusiva, la propuesta de los dos miembros obedeció a una negociación política más amplia (“paquete”) entre UCD y PSOE, según la cual cinco candidatos serían propuestos

por el partido del Gobierno, tres por el PSOE, y dos por consenso entre ambos partidos (Estrada, 2017:126). Los dos Magistrados propuestos posteriormente por el CGPJ fueron también resultado de un acuerdo entre la tendencia conservadora y la progresista, presentes en el órgano a través de las correspondientes asociaciones de jueces.

Según se desprende de los testimonios de las personas que participaron —directa o indirectamente— en las negociaciones entre centristas y socialistas, la selección de los primeros magistrados que formaban el “paquete” se llevó a cabo bajo un gran consenso, con seriedad y discreción por parte de los dos responsables de la negociación: Gregorio Peces-Barba, diputado del PSOE, y Juan Antonio Ortega Díaz-Ambrona, entonces Subsecretario del Ministerio de Justicia. Como ha explicado este último, en la primera lista de candidatos que el Gobierno trasladó al interlocutor del PSOE primaron dos criterios: ser juristas de prestigio y no manifestar una orientación ideológica muy marcada pero sí democrática, a los que añade la circunstancia de ser personas con una cierta edad pero que no habían participado en la Guerra Civil, a excepción del que sería presidente. Del testimonio de Francisco Rubio Llorente, que da a entender su gran protagonismo en la negociación, también se deduce que los nombres que se barajaban procedían del consenso bipartidista sobre un núcleo de juristas de gran prestigio, la mayoría reconocidos catedráticos de distintas disciplinas jurídicas, próximos a uno de los dos grandes partidos políticos, procedentes de Universidades de Madrid, con relaciones personales entre ellos, y algunos habiendo participado como juristas en los debates constituyentes y en la elaboración de la LOTC (Beltrán-Sarmiento, 2017: 44 y 160). Los nombres finalmente propuestos por cada órgano confirmaron en general este perfil del primer juez constitucional en la España de la transición.

El Gobierno fue el primero en aprobar su propuesta y el 25 de enero de 1980 designó a un juez y a un catedrático: Jerónimo Arozamena y Rafael Gómez-Ferrer. Arozamena tenía 56 años, era Magistrado del Tribunal Supremo y en 1977 fue nombrado Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la recién creada Audiencia Nacional, aunque poco después pasó a desempeñar el cargo de Subsecretario del Ministerio de Trabajo siendo Ministro Manuel Jiménez de Parga. Procedía pues de la judicatura, y por ello desempeñó un papel importante en la puesta en marcha de la organización jurisdiccional del Tribunal en los primeros años, en los que fue su Vicepresidente. En su curriculum figuraba, además, su participación en la elaboración del anteproyecto de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Por su parte, Gómez Ferrer, valenciano, era doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia y catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Balear, aunque en el momento de su nombramiento ejercía de Letrado del Consejo de Estado.

El Congreso acordó la propuesta de los cuatro magistrados en el Pleno del 30 de enero de 1980, donde la elección se llevó a cabo siguiendo una Resolución de Presidencia, al no disponer aún de Reglamento parlamentario. Se dio lectura de

los candidatos presentados por los Grupos parlamentarios proponentes (UCD, PSOE, Minoría catalana), pero no se informó de los nombres que cada Grupo había presentado para evitar que pudieran tener un sentido “ideológico o político”, según acordó la Junta de Portavoces. Ello no impidió saber que UCD había presentado a Rubio Llorente (consensuado con el PSOE) y Aurelio Menéndez, mientras el PSOE presentó a Francisco Tomás y Valiente y Manuel Díez de Velasco. Todos ellos lograron la mayoría de 3/5, no así Ignacio de Gispert, presentado por los nacionalistas catalanes. La exclusión de los otros grupos parlamentarios suscitó algunas protestas de sus representantes, que no votaron a favor de los candidatos de los dos partidos mayoritarios.

La Cámara baja optó por el perfil académico, y en algún candidato además con experiencia institucional. Este es el caso de Rubio Llorente, que había sido Profesor Asociado en el Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Venezuela bajo el magisterio de Manuel García Pelayo, y en ese momento era profesor agregado de Derecho Constitucional en la Universidad Complutense. Además, desde 1968 formaba parte del Cuerpo de Letrados de las Cortes Generales, siendo Secretario General del Congreso entre 1977 y 1979, y en esa calidad participó como asesor en la Ponencia que redactó el Anteproyecto de Constitución. También intervino activamente en los trabajos del Anteproyecto de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. En 1980, a punto de cumplir los cincuenta, era Director del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, donde se reunieron provisionalmente los diez magistrados nombrados (excepto los del CGPJ), constituidos en “Colegio de Magistrados”. Por su parte, Aurelio Menéndez era catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid, considerado un referente de esa disciplina en la que actuó también como abogado, miembro de tribunales de arbitraje y comités internacionales. A su perfil académico sumaba su vertiente institucional, dada su buena relación con la Casa Real, y su experiencia política al ser nombrado en 1976 Ministro de Educación y Ciencia en el Gobierno de Adolfo Suárez, quien le propuso como magistrado con el propósito manifestado, aunque inalcanzado, de que fuera el primer presidente del Tribunal.

Manuel Díez de Velasco era catedrático de Derecho Internacional Público en la Universidad Complutense, y anteriormente lo había sido en la Universidad de Barcelona y en la Universidad Autónoma de Madrid. Su perfil era netamente universitario, habiendo desempeñado numerosos cargos académicos, aunque también había ejercido como abogado desde los años sesenta siendo miembro del Colegio de Abogados de Barcelona. Francisco Tomás y Valiente ofrecía igualmente ese perfil académico pues era catedrático de Historia del Derecho de la Universidad de Salamanca, y no había desempeñado cargos políticos o institucionales con anterioridad.

El Senado procedió a la designación de los cuatro Magistrados en un pleno extraordinario celebrado en la misma fecha que el Congreso, siguiendo unas “normas interpretativas” de la Presidencia. A diferencia del Congreso, en la Cámara

alta sí se conocieron las propuestas de candidatos de los partidos, y el consenso en la elección de los miembros fue aún más amplio pues los cuatro candidatos fueron propuestos no solo por UCD y PSOE sino que también los propusieron los Grupos Socialista andaluz y “Catalunya, Democracia i Socialisme”. El mencionado “paquete” de los diez magistrados de elección parlamentaria acordado por los dos partidos incluía a Luis Díez-Picazo y Gloria Begué (UCD), Angel Latorre (PSOE), y Manuel García Pelayo (de consenso). Ese acuerdo también seguía el criterio en relación al perfil de los candidatos, como catedráticos de prestigio, de bajo o nulo perfil político aunque de convicciones democráticas.

Manuel García Pelayo expresaba el consenso entre los dos partidos y simbolizaba en cierto modo el espíritu de la transición pues se trataba de un ex capitán del Ejército de la República, que al terminar la Guerra Civil fue internado en campos de concentración, y tras su puesta en libertad se exilió voluntariamente en Latinoamérica, llegando a ser director del Instituto de Estudios Políticos de la Universidad Central de Caracas, donde formó a numerosos discípulos, entre otros a Rubio Llorente. Allí se encontraba jubilado con 71 años cuando fue convencido de que aceptara ser propuesto como magistrado y, posteriormente, presidente del primer Tribunal. García Pelayo era un “hombre de ciencia” y un hombre “políticamente comprometido” con sus ideas (Tomás y Valiente, 1993:6), pero carecía de experiencia en la vida pública pues se había dedicado exclusivamente a la actividad académica.

Por su parte, Luis Díez-Picazo se había doctorado en Derecho y ejercido brevemente como Juez de Primera Instancia e Instrucción, pero en el momento de su nombramiento, rayando la cincuentena, era un eminente catedrático de Derecho Civil en la Universidad Autónoma de Madrid, además de prestigioso abogado, que desde 1978 presidía la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia. Ángel Latorre era otro conocido Catedrático de Derecho de la Universidad Complutense, y anteriormente de la Universidad de Barcelona, donde mostró su actitud de contestación a la dictadura franquista. Próximo al PSOE, carecía de experiencia institucional y no había desempeñado ningún cargo político. Gloria Begué era catedrática de Economía y Hacienda en la Universidad de Salamanca. Había sido la primera mujer catedrática y la primera decana de una Facultad de Derecho en España, convirtiéndose en la primera y única mujer del Tribunal, del que después fue vicepresidenta. Licenciada también en Derecho, se doctoró en Ciencias Económicas en la Universidad de Chicago. En 1977 Begué había sido nombrada senadora de designación real y formó parte de las Cortes Constituyentes.

Las propuestas del CGPJ no se llevaron a cabo hasta el 7 de noviembre puesto que el Consejo no se había constituido aún. En realidad, fue ante la necesidad de que éste procediera a proponer los dos magistrados que se aprobó primero la Ley Orgánica 1/1980, de 10 de enero, del Consejo General del Poder Judicial, de acuerdo con la cual se realizó la primera elección del Consejo, que solo exigía una mayoría simple para su aprobación. Los designados, fruto de un acuerdo entre la

tendencia conservadora y progresista de la judicatura, fueron Ángel Escudero del Corral, que había sido presidente del Tribunal Supremo hasta el mes anterior; y Plácido Fernández Viagas, que era magistrado de la Audiencia Territorial de Sevilla, pero con una marcada trayectoria política ya que fue senador por el PSOE en las primeras elecciones democráticas de 1977, se convirtió en presidente de la Junta Preautonómica de Andalucía en 1978, y pocas semanas antes de ser propuesto había sido designado vocal del propio CGPJ. Las dos primeras propuestas del Consejo marcaron un perfil de candidato a magistrado, siempre elegido entre miembros de la carrera judicial, procedente generalmente del Tribunal Supremo (ex presidentes), hombres (ninguna mujer hasta hoy), y con el apoyo del sector conservador o progresista de la judicatura.

A la vista de lo expuesto se puede concluir que el perfil del primer juez constitucional en la transición española es mayoritariamente el de prestigiosos catedráticos (solo una mujer) de las distintas ramas del Derecho, de una edad media de cincuenta años, procedentes de las Universidades de Madrid, y solo tres de la judicatura (dos designados por el CGPJ). Todos ellos fruto del consenso alcanzado entre los dos grandes partidos (UCD y PSOE), en general con un bajo perfil político, pero algunos de ellos con experiencia institucional y participación activa en los trabajos constituyentes y legislativos de la LOTC. Se trata de un perfil correspondiente al momento fundacional del nuevo régimen constitucional, y por ello excepcional, hasta el punto de que ese Tribunal ha sido idealizado y considerado irreplicable. Algunos rasgos personales y profesionales de ese perfil original se han mantenido, pero otros se han modificado a lo largo de los años: inversión de la proporción entre profesores y jueces, sustitución del magistrado de consenso por el magistrado de las cuotas, disminución del prestigio académico, aumento de la edad de los candidatos e incorporación de otras profesiones jurídicas y de mujeres.

VI. CONCLUSIONES

Una primera aproximación al perfil profesional, académico, personal y político de los primeros jueces constitucionales, tal como se han entendido en este trabajo, permite ofrecer algunas conclusiones provisionales. El estudio pone de manifiesto las diferencias que existen entre ellos debido a la disparidad en el contexto histórico, el sistema jurídico y la cultura política del país en el que se creó cada Tribunal. Sin embargo, a pesar de estas diferencias es posible observar algunas características comunes en su perfil, debido al hecho de pertenecer todos ellos a Tribunales surgidos en el momento fundacional de un nuevo régimen, en el que la jurisdicción constitucional desarrolló una función política y cultural. Así, se aprecia que al frente del Tribunal estuvieron auténticos “hombres de Estado” (Marshall, Vitorelli, Höpker-Aschoff, di Nicola) que habían desempeñado importantes cargos políticos, y a menudo tuvieron una intervención directa en los trabajos constituyentes.

También se constata que los primeros magistrados solían tener alguna formación jurídica en diversas disciplinas, habían ejercido profesiones relacionadas con el Derecho, normalmente con cierta experiencia político-institucional, y muchos de ellos participaron en los trabajos constituyentes y legislativos previos a la creación del Tribunal. La mayoría tenían una conexión más o menos directa con los partidos políticos que les habían propuesto, y no tenían vinculación con los regímenes autoritarios precedentes (Alemania, Italia, España) salvo algunas excepciones (Geiger, Azzariti). Esta primera aproximación muestra, finalmente, que junto a las normas constitucionales y legales que establecían los requisitos de los candidatos, el perfil de los primeros magistrados se configuró a través de normas no escritas, acuerdos, convenciones y prácticas que a menudo se han mantenido en el tiempo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Ahumada, M. (2005). *La jurisdicción constitucional en Europa*. Madrid: Thomson-Civitas.
- Alzaga Villaamil, O. (2003). Sobre la composición del Tribunal Constitucional. *Teoría y Realidad Constitucional*. 10-11, 149-180
- Angelici, M. (1974). *La Giustizia Costituzionale*. Milano: Giuffrè Ed.
- Arufe Varela, A. y Martínez Girón, J. (2023). *Los libros norteamericanos sobre los Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Por la senda de los Estados Unidos en sus libros*. Barcelona: Atelier
- Beltrán de Felipe, M. y Sarmiento Ramírez-Escudero, D. (2017). *Un Tribunal para la Constitución*, Madrid: Fundación Registral
- Bonini, F. (1996). *Storia della Corte Costituzionale*. Roma: La Nuova Italia Scientifica
- Collings, J. (2015). *Democracy's Guardians. A History of the German Federal Constitutional Court, 1951-2001*. New York: Oxford University Press
- Comiskey, M. (2004). *Seeking Justices: The Judging of Supreme Court Nominees*. University Press of Kansas.
- Cruz Villalón, P. (1987). *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid: CEC
- D'Orazio, G. (1981). *La genesi della Corte Costituzionale. Ideologia, politica, dibattito dottrinale: un saggio di storia delle istituzioni*. Milano: Edizioni di Comunità.
- Espín Templado, E. (2001). Comentario al artículo 18. En J.L. Requejo Pagès (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid: TC-BOE
- Estrada Marún, J.A. (2017). *La designación de los Magistrados del Tribunal Constitucional en España. Una perspectiva orgánica y empírica*. Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi
- Gaillet, A. (2021). *La Cour constitutionnelle fédérale allemande. Reconstruire une démocratie par le droit (1945-1961)*. Paris: Ed. La Mémoire du Droit
- Hamilton, A. The Federalist N° 78 (1982). En *The Federalist Papers by Alexandre Hamilton, James Madison and James Jay*. New York: Bantam Books
- Kelsen, H. (1928). La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle). *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 45. Traducción en Kelsen, H. (1988). *Escritos sobre la democracia y el socialismo* (pp.109-155). Madrid: Editorial Debate

- Kelsen, H. (2008). *Autobiografía*. Colombia: Universidad Externado de Colombia
- Malfatti, E.; Panizza, S. y Romboli, R. (2007). *Giustizia Costituzionale*, Torino: G. Giappichelli Ed.
- Rogowski, R. y Gawron, T. (2016). *Constitutional Courts in Comparison. The US Supreme Court and the German Federal Court*, New York: Berghahn Books
- Romboli, R. (2021). *La justicia constitucional en Italia*, Valencia: Tirant Lo Blanch
- Stone, A. (2013). Constitutional Courts. En Michel Rosenfeld y Andrea Sajó, *Comparative Constitutional Law*, Londres: Oxford University Press
- Stüwe, K. (2016). The US Supreme Court and the German Federal Constitutional Court. Selection, Nomination, and Election of Justices. En Ralf Rogowski-Thomas Gawron, *Constitutional Courts in Comparison, The US Supreme Court and the German Federal Court*, New York: Berghahn Books
- Tarr, G.A. (1998). *Judicial Process and Judicial Policymaking*, International: Wadsworth
- Tocqueville, A. de (1981). *De la Démocratie en Amérique*, Paris: GF-Flammarion, Vol. I
- Tomás y Valiente, F. (1993). *Manuel García Pelayo. Del exilio a la presidencia del Tribunal Constitucional*. Cuadernos de la Fundación Españoles en el mundo. Num. 4. Madrid
- Wasby, S.L. (1988). *The Supreme Court in the Federal Judicial System*, Chicago: Nelson-Hall Publishers.
- Zagrebelky, G. (2008). *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Madrid: Trotta

TITLE: *The profile of the first Constitutional Judge*

ABSTRACT: *This contribution deals with the professional, academic, personal and political profile of the first judges of the American Supreme Court and the Constitutional Court of Austria, as well as the Constitutional Courts of Germany and Italy in the Post-World War II period, and that of Spain during the political transition. Despite the differences between the historical contexts and systems of constitutional jurisdiction, the fact that they were all Courts created at the founding moments of a new regime, in which they played a political and cultural role, had an impact on the profile of their members. The comparative study reveals some common characteristics: they were men with legal training, political relations, institutional experience, and often involved in the constituent and legislative work prior to the creation of the Court.*

RESUMEN: *Este trabajo presenta una primera aproximación al perfil profesional, académico, personal y político de los primeros jueces del Tribunal Supremo americano y del Tribunal Constitucional de Austria, así como de los Tribunales Constitucionales de Alemania e Italia en la Postguerra Mundial, y el de España durante la transición política. A pesar de las diferencias entre los contextos históricos y los sistemas de jurisdicción constitucional, el hecho de ser todos ellos tribunales creados en momentos fundacionales de un nuevo régimen, en los que desempeñaron una función política y cultural, incidió en el perfil de sus miembros. El estudio comparado permite constatar algunas características comunes: ser hombres con alguna formación jurídica, con vinculaciones y militancias políticas, experiencia institucional, y a menudo con implicación en los trabajos constituyentes y legislativos previos a la creación del Tribunal.*

KEY WORDS: *constitutional judge, foundation time, professional profile, composition of the Court, candidate requirement.*

PALABRAS CLAVE: *juez constitucional, momento fundacional, perfil profesional, composición del Tribunal, requisitos de los candidatos.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 12.12.2023

FECHA DE ACEPTACIÓN: 15.02.2024

CÓMO CITAR / CITATION: Fossas Espadaler, E. (2024). El perfil del primer juez constitucional *Teoría y Realidad Constitucional* 53, 227-250.