

JUSTICIA CONSTITUCIONAL
DERECHO CONSTITUCIONAL JUDICIAL

PATRICIO MARANIELLO
DIRECTOR

II CONGRESO
MUNDIAL DE JUSTICIA
CONSTITUCIONAL

Resistencia, Chaco
2015



de Rubén Duk

Yrigoyen 399 - C.P. 3500
Teléfono (0362) 4449652
Resistencia - Chaco - Argentina
www.libreriacontexto.com.ar
info@libreriacontexto.com.ar

ISBN: 978-987-730-075-8
Catalogación: en trámite

MIEMBROS DEL COMITÉ EJECUTIVO DE LA ASOCIACIÓN MUNDIAL DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Presidente	Eduardo Andrés Velandía Canosa	Colombia
Vicepresidente para Europa	Luis Andrés Cucarella Galiana	España
Vicepresidente para Norte y Centro América	Vicente Fernández Fernández	México
Vicepresidentes para Suramérica	Anibal Quiroga León	Perú
	Patricio Maramello	Argentina
Vicepresidente para Asia, África y Oceanía	Hugo Carrasco Soule	México
Secretario General	Enrique Camizo Aguilar	México
Secretario Adjunto	René Moreno Alfonso	Colombia
Directora Ejecutiva	Diana Johanna Beltrán Grande	Colombia
Vocales	Sergio Tbirichá Amaral	Brasil
	Boris Wilson Arras López	Bolivia
	Luis Alberto Petit Guerra	Venezuela
	Tihyago Acevedo	Brasil
	Irina Cervantes Brabo	México
	Jánia Maria Lopes Saldanha	Brasil
	Pablo Dario Villalba Bernié	Paraguay
	Luis Arturo Ramírez Roa	Colombia
Fiscal	Gonzalo Pérez Salazar	Venezuela

Hecho el depósito de ley 11.723

Derechos reservados

Prohibida su reproducción parcial o total

ÍNDICE

Palabras preliminares. <i>Patricio Maraniello</i>	7
Capítulo I: Aspectos generales de la justicia constitucional	
La justicia constitucional <i>aggiornada</i> y el derecho constitucional judicial en América, <i>por Patricio Maraniello (Argentina)</i>	11
Modelos y funciones de la justicia constitucional a los albores del siglo XXI, <i>por Luca Mezzetti (Italia)</i>	29
Reflexiones sobre los límites a la labor del juez constitucional en el contexto actual, <i>por Eloy Espinosa Saldaña Barrera (Perú)</i>	45
La justicia constitucional en Colombia, <i>por Eduardo Andrés Velandia Canosa (Colombia)</i>	51
Capítulo II: Particularidades de la justicia constitucional	
Del <i>stare decisis</i> del <i>common law</i> a la jurisprudencia mexicana, <i>por Vicente Fernández Fernández (México)</i>	83
Justicia popular, Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia y organización judicial en España, <i>por Luis Andrés Cucarella Galiana (España)</i>	115
Construcción de mejores estándares ante jurisprudencia constitucional contradictoria, <i>por Boris Wilson Arias López (Bolivia)</i>	131
Las sentencias constitucionales frente a las confusiones de los <i>obiter dictum</i> y la <i>ratio decidendi</i> respecto a su vinculatoriedad <i>por Luis Alberto Peti Guerra (Venezuela)</i>	143

Capítulo III: La justicia constitucional y los derechos humanos

- Estructura y dinámicas de los sistemas europeos de los Derechos Humanos, *por Riccardo Perona (Italia)*..... 169
- The impact of the European Court of Human Rights on the Turkish Constitutional Court's rulings regarding freedom of association, *por Selin Esen (Turquía)*..... 179
- El poder y los derechos humanos. Tratados internacionales y de integración, *por Alfonso Jaime Martínez Lazzano (México)* 203
- Capítulo IV: La justicia constitucional. Los derechos fundamentales y el derecho internacional
- La protección de los derechos fundamentales a través de la vía incidental: el caso italiano, con referencia a las reformas de la justicia constitucional realizadas en España y en Francia, *por Roberto Romboli (Italia)*..... 223
- O papel do direito internacional na construção de uma cultura de acesso à justiça no Brasil, *por Ademair Pozzatti Junior y Jânia Maria Lopes Saldanha (Brasil)*..... 243
- Capítulo V: La justicia constitucional. El control de constitucionalidad y de convencionalidad
- Acerca de la obligatoriedad de las recomendaciones de la CIDH, *por Mario A. R. Midón (Argentina)*..... 275
- Debido proceso y democracia. Ajustes de convencionalidad, *por Pablo Dario Villalba Bernié (Paraguay)*..... 299
- El control internacional o de convencionalidad de las constituciones en América y Europa, *por Milton Rofrío (Ecuador)*..... 323
- Debates en torno al perfil recomendable para los magistrados de un tribunal constitucional. El caso español y datos comparados, *por Jorge o. Bercholle (Argentina)*..... 345

Capítulo VI: La justicia constitucional. Las acciones y recursos constitucionales

- La acción declarativa de inconstitucionalidad y otras instituciones procesales protectoras de los derechos fundamentales, *por Juan Carlos Cassagne (Argentina)*..... 379
- El régimen del recurso de agravio constitucional, los precedentes vinculantes y las sentencias interlocutorias, *por Aníbal Quiroga León (Perú)*..... 409
- El amparo en la República Oriental del Uruguay. Claros y oscuros a treinta años de su consagración expresa, *por Ruben Flores Dapkevicius (Uruguay)*..... 439
- La garantía del amparo por mora contra la inactividad formal de la administración, *por Alfredo Gasmán (Argentina)*..... 457
- La acción declarativa de inconstitucionalidad en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, *por Jorge A. Franza (Argentina)*..... 479
- La acción declarativa de inconstitucionalidad. Estudio cuantitativo, *por Javier Indalecio Barraza (Argentina)*..... 491
- Capítulo VII: La justicia constitucional: la independencia, la ética y la responsabilidad de los jueces
- El valor del principio de autonomía e independencia de los jueces en Italia y la exportabilidad del modelo de organización de la magistratura italiana, *por Giuseppe Campanelli (Italia)*..... 509
- La ética, diversas concepciones, *por Elisa Viviana Esther Carrazzoni (Argentina)*..... 523

Rideau, Joel. (1984). *Principios Elementales de Derecho Internacional en que se Basa el proceso de Eichman*. Buenos Aires: Instituto Judicial Argentino de Cultura e Información.

Rousseau Charles. (1966). *El Derecho Internacional Público*. Madrid: Ariel.

Sentencia Sidar dictado por el tribunal de justicia de las comunidades europeas El 26 de octubre de 1999 en el caso «Ángela María Sirdar vs. The Army Board, Secretary of State for Defence, asunto C-273/97.

Sentencia del Asunto C-285/98 Tanja Kreil contra Bundesrepublik Deutschland (República de Alemania).

Sentencia caso olmedo Bustos y otros contra Chile (La última tentación de Cristo. 2001.

Villalva, Pablo. (2014). *Procedimiento ante el sistema interamericano de derechos humanos*. Buenos Aires: Lalely.

Zagrebelsky, Gustavo (2001). *El Derecho Dicitil*. Madrid: Trotta.

Página Web: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/lo2_7024/#procedures

DEBATES EN TORNO AL PERFIL RECOMENDABLE PARA LOS MAGISTRADOS DE UN TRIBUNAL CONSTITUCIO- NAL. EL CASO ESPAÑOL Y DATOS COMPARADOS

Jorge O. Bercholt¹

INTRODUCCIÓN

Mucho se ha escrito, y se debate aún, sobre cuál es el perfil, la formación, la capacidad, en fin, las características técnicas y personales más adecuadas para un magistrado de un Tribunal Constitucional o de una Corte Suprema con facultades de control de constitucionalidad.

Se trata de un juez que deberá afrontar desafíos, conflictos, presiones y situaciones que están más allá de las ya, por sí, complejas circunstancias que rodean la función jurisdiccional y que deben resolver normalmente los jueces en ejercicio de su función de impartir justicia, resolviendo conflictos con neutralidad e imparcialidad.

¹ Doctor en Derecho Político, Especialista en Sociología Jurídica y Abogado, Universidad de Buenos Aires. Candidato al Doctorado Internacional en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Diploma en Estudios Avanzados (DEA), Universidad de Castilla-La Mancha, España. Postgraduado como Especialista en Constitucionalismo y Democracia, y en Justicia Constitucional. Universidad de Castilla-La Mancha, España. Diploma de postgrado, Especialista en Integración Regional y Relaciones Económicas Internacionales, Universidad de Barcelona. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gjoja, Universidad de Buenos Aires. Profesor de Teoría del Estado y de Postgrado y Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor Titular de Sociología Jurídica y de Metodología de la investigación. Universidad Abierta Interamericana. Ganador de 16 premios y becas internacionales. Investigador y Profesor visitante y Director de proyectos de investigación en instituciones académicas de Alemania, Argentina, Brasil, Canadá y España. Conferencista y ponente en más de 100 Congresos y Seminarios. Autor de 9 libros y editor-director de 5 libros colectivos.

Autor de, aproximadamente, 100 contribuciones en capítulos de libros, artículos y recensiones en revistas especializadas.

Además de los requisitos que comúnmente se exigen a los jueces ordinarios, el juez constitucional debe tener la capacidad y conocimiento para insertarse eficazmente en el esquema funcional estatal de control del poder y acción de gobierno del ejecutivo y del legislativo y, además, la necesidad de ponderar con previsión las consecuencias sociales de sus decisiones articulándolas con el sistema constitucional y con las leyes infraconstitucionales.

El enunciado, por sí mismo, ya refleja la tarea de alta complejidad que el juez constitucional debe afrontar, pues tendrá ante sí una variedad de temas complejos y diferenciados para los cuales se requirieren capacidades específicas, y que resultan difíciles de encontrar en una sola persona.

Según Böckenforde:

El juez constitucional no puede ser valorado con el mismo parámetro que se emplea para medir al juez ordinario civil o penal. En primer lugar porque se ocupa de un derecho como es el derecho constitucional que reparte posiciones de poder y de decisión, regula y estabiliza el proceso político y por tanto el objeto sometido al examen de esta jurisdicción viene afectado, particularmente, por las tensiones propias de la dinámica del poder político. En segundo lugar porque las partes procesales suelen ser órganos constitucionales o supremos titulares del poder político. Y por último, porque sus decisiones están cubiertas por el techo del ordenamiento jurídico legal existente, es decir tiene menos apoyo en el sistema jurídico de lo que tiene la jurisdicción ordinaria, lo que termina por requerir un mayor apoyo institucional que en gran medida supone contar con un grado muy alto de consenso y legitimidad social.²

Un juez constitucional en general y, en particular, un magistrado del TC deberá enfrentar y resolver tensiones e implicancias relacionadas a:

- a) interceder en las relaciones de poder y de conflicto entre la justicia constitucional, el poder legislativo y el poder ejecutivo.
- b) expandir o no, y en su caso hasta dónde, el llamado "activismo judicial" y el achicamiento del campo de las denominadas "cuestiones políticas no justiciables".
- c) desarrollar las tareas de hermenéutica e interpretación articulada entre la constitución y las normas infraconstitucionales.
- d) la relación con la jurisdicción judicial ordinaria en la que se plantean problemas derivados de la especial posición institucional del TC, particularmente a través de las cuestiones de inconstitucionalidad.

² Böckenforde E. Verfassungsgerichtbarkeit (1999). *Strukturfragen. Organisation, Legitimation, en Staat Nation Europa*. Frankfurt: Suhrkamp, p. 157.

- e) el desarrollo e interpretación de los derechos fundamentales, que se ha transformado en la actividad jurisdiccional que ocupa la mayor parte de la actividad del TC, a través de la vía del recurso de amparo.
- f) el rol fundamental que la justicia constitucional desempeña en la construcción y consolidación de la organización y distribución territorial del poder.

La compleja tarea de selección de personal tan calificado e idóneo, en una serie de tareas y acciones jurisdiccionales que no resultan del todo congruentes, y que mezclan y superponen especificidades que sería recomendable desagregar, supone, previamente, una aguda definición del rol que se depara al TC en la ingeniería y diseño institucional del Estado.

Todo sistema de selección y nominación de los candidatos para renovar las plazas vacantes de magistrados de un Tribunal Constitucional debe identificar adecuadamente el perfil del magistrado constitucional.³

Ello, a fin de evitar procesos de selección de jueces "catch all court",⁴ una suerte de Tribunal de Justicia "atrapatodo"? a la que arriban jueces por motivos y justificaciones muy diversas, en algunos casos contradictorios y excluyentes, que son designados como si dicha diversidad de clivajes incidiera de algún modo positivo en la producción del Tribunal.

Los motivos y justificaciones que reprocho por contradictorios y excluyentes, lo son por su escasa articulación -carente de congruencia y coherencia- con la producción y el modelo que se pretende para el Tribunal.

Dicho de otro modo, circulan ideas que proponen cierto tipo o modelo de Tribunal Constitucional, con una esperada y determinada producción del mismo -tanto cuantitativa como cualitativamente-, pero se esgrimen para ello argumentos de selección de los jueces incompatibles con esas mismas ideas.

Por supuesto que está fuera de discusión el umbral mínimo de selección, que debe responder a criterios de idoneidad, capacidad técnica, honestidad y antece-

³ Landa César. (2002) *La elección del juez constitucional* Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, n. 6, p. 245.

⁴ Parafrazcando a Otto Kirchheimer y su "catch all party", partido de todo el mundo o "atrapatodo", idea que pergeñó en su trabajo "El camino hacia el partido de todo el mundo". En: Lenk y Neumann. (1989) *Teoría y sociología críticas de los partidos políticos*. Barcelona: Anagrama. La denominación acuñada por Kirchheimer refiere a un tipo de partidos políticos, el partido atrapatodo (catch all party) que no se dirige a una clase social determinada, sino que pretenden llegar a la mayor cantidad de personas posibles, conformando así un auditorio heterogéneo y masivo, pretendiendo satisfacer la mayor cantidad posible de demandas.

dentos profesionales y académicos suficientes. Generalidades que no admiten mayor debate pero que, desagregadas para moldear un tribunal eficaz y funcional, presentan no pocas cuestiones.

El debate plantea varias dicotomías posibles:

- i) ¿Son recomendables magistrados de carrera judicial o académicos?
- ii) ¿Expertos en derecho público o privado?, y luego, ¿en qué materias específicas del derecho?
- iii) ¿Con ideología progresista o conservadora?, ¿identificados con los partidos políticos que los proponen o no?
- iv) ¿Con alguna identificación por estratificación social? ¿Que reflejen la composición económico-social de la población?
- v) ¿Qué reflejen la composición de la sociedad considerando la cuestión de género?
- vi) ¿La procedencia regional por nacimiento o por capacitación merece alguna consideración?
- vii) ¿Qué cantidad de magistrados para responder a cuáles de estos clivajes?
- viii) ¿Algunos de estos clivajes de selección inciden en la producción del Tribunal?
- ix) ¿Hay corroboraciones empíricas de que algún criterio de selección produzca resultados diversos en algún sentido?
- x) ¿Es posible encontrar personal calificado en tan disímiles facetas?

A toda esta variedad de matices, conflictos y tareas le debe dar respuesta el magistrado del TC en España. Por ello "un magistrado del TC requiere combinar experiencia judicial, competencia científica y sensibilidad política".⁵

En el caso específico del TC en España, varias de estas cuestiones han sido ya resueltas por el constituyente y/o por el legislador. Por caso, los constituyentes de 1978 se decantaron, claramente, por un tribunal constitucional especializado, en vez de optar por que fuera el mismo Tribunal Supremo quien ejerciera esas funciones. Sin perjuicio de lo que ya ha sido prescripto por la CE, aun así, se sigue debatiendo sobre aquellas dicotomías, o se proponen ajustes o cambios para completar aspectos no previstos en origen, o para que, luego de más de 30 años de actividad del TC, se cambie aquello que no ha funcionado como se esperaba o que ha funcionado mal.

⁵Landa César. (2002) *La elección del juez constitucional* Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, n. 6, p. 256.

La CE y la LOCT desde temprano han resuelto muchos tópicos, tomando ejemplos de otros tribunales constitucionales europeos en la organización del sistema de control concentrado. Pero el contexto histórico, y particularidades propias del sistema político y judicial español, le agregan al TC un perfil particular cuyas aristas más vitales, salientes y problemáticas son:

a) La desconfianza existente en España ya durante la transición democrática abierta con el fin de la larga dictadura franquista, respecto a los jueces ordinarios. Aún pueden encontrarse resabios y recelo entre la jurisdicción judicial ordinaria y el TC que encarna a la jurisdicción constitucional por fuera de la justicia ordinaria.

La doctrina dijo entonces: "Los constituyentes de 1978 tampoco confiaron mucho en la conciencia constitucional de los jueces entonces en activo"⁶, "la regulación del recurso de inconstitucionalidad y su atribución a un Tribunal de vigilancia o control de la legislación ordinaria fue considerado por el portavoz del partido mayoritario en la izquierda como una medida de profundización de la democracia"⁷, "la falta de tradición de los Tribunales ordinarios hispanos en la aplicación de la Constitución, conectada a la tolerancia de amplios sectores de la Magistratura con el régimen precedente, generó una desconfianza política no expresa hacia Jueces y Tribunales"⁸.

b) El rol fundamental del TC en el proceso inacabado de organización territorial del poder español. Un proceso dinámico, complejo y con alta tensión política que implica completar el diseño e ingeniería del sistema político e institucional del Estado español. Y ello, en manos del TC, a través del control de constitucionalidad, vía los tres recursos e instrumentos jurídicos que necesariamente canalizan e involucran intereses contrapuestos entre el Estado central y las CCAA, y que implican la judicialización de cuestiones netamente políticas como son la organización territorial del Estado y el desarrollo autonómico.

Por ello se ha dicho que el magistrado constitucional:

*es un tipo de juez que posee experiencia política y que le preocupa la reflexión política. En este sentido se requiere más que un excelente jurista, se necesita un hombre que esté especializado en el campo del Derecho Constitucional, inclusive con las cualidades de un hombre de Estado.*⁹

⁶Tomás y Valiente Francisco. (1993). *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 74.

⁷Pecces Barba, Gregorio. (1980). *Trabajos Parlamentarios*. Constitución Española. Servicio de Publicaciones de las Cortes Generales, p. 3452 II.

⁸Pérez Tremps, Pablo. (1980). *El Régimen constitucional español*. I. Barcelona: Labor, p. 237.

⁹Werner Billing. (1986). *Das Problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht. Ein Beitrag zum Thema «Politik und Verfassungsgeschichte»*. Op. cit., p. 110 y ss. Asimismos, García Belaunde, Domingo. *Una democracia en transición*. Lima: Okura, p. 46. Citados por Landa en su ob. cit. p. 261.

Esta investigación provee insumos que permiten verificar la producción de los magistrados y las características personales y técnicas de los mismos, sus interrelaciones, tensiones e implicancias. Con las evidencias recogidas, también se pueden establecer, cuáles han sido las respuestas del sistema político e institucional español a las cuestiones dicotómicas expuestas supra y las opciones escogidas para el diseño y rol a desempeñar por el TC.

Así se podrán realizar juicios axiológicos retrospectivos más consistentes sobre la producción del tribunal, y prospectivos más ciertos a fin de cambiar y conservar lo que corresponda.

DOS ASPECTOS CONTROVERSALES SOBRE EL MODELO DE JUEZ CONSTITUCIONAL PROPUESTOS POR LA CE Y LA LOTC

Hay dos aspectos más, introducidos por el diseño constitucional y legal español, en el perfil de magistrado constitucional por el que se ha optado, y que han presentado controversias y polémicas.

Se trata de normas que responden a cuestiones propias del contexto político de España, en algún grado, además, a cuestiones de cultura política y a opciones, si se quiere opinables, de ingeniería normativa. Una de las cuestiones nos enfrenta a la simplificación binaria sobre la politicidad o apoliticidad del TC, luego, la posición a adoptar respecto a la militancia, pertenencia, o actividad política de los jueces. La otra cuestión, parecida y relacionada, pero diferente, nos remite a la opción por los magistrados de carrera judicial o magistrados reclutados desde la academia. Me refiero a las siguientes normas:

- i) El artículo 127.1 de la C.E., con la cláusula de prohibición de militancia política de los jueces, reforzada en consideración a los partidos políticos, y especialmente destinadas a los magistrados del TC, por el art. 159.4 CE y por el art. 19 LOTC, aunque con el matiz, no pacífico, de que los magistrados del TC podrían militar en un partido político o sindicato pero no ejercer cargos directivos.
- ii) El otro aspecto es el regulado por el artículo 18 LOTC, y por otras normas coincidentes, y que se refieren a los «*juristas de reconocida competencia*».

Resulta interesante verificar que las posiciones que estiman positivamente a la prohibición, en general, ven también positivamente que los magistrados en el TC sean de carrera judicial, en desmedro de los académicos a los que se designa y sustenta con base en el precepto de los «*juristas de reconocida competencia*».

Según cierta doctrina esta opción reuniría una serie de ventajas:

En primer lugar: la profesionalidad. Los magistrados formarían ya parte de una carrera y sobre todo conocerían la técnica de emitir resoluciones sobre casos litigiosos. Su experiencia sería un arma muy relevante para controlar la adecuación de normas y actuaciones a la Ley suprema. En segundo lugar, los magistrados constitucionales, al ser profesionales, no tendrían que ser elegidos por las Cortes con los inconvenientes y el estorpo que ello suscita en la opinión pública. Nuestra Constitución, sin embargo, quizá por desconfiar de los jueces, optó por otro camino. Algunos de sus miembros provienen de la carrera judicial, pero otros, en cambio, son «juristas de reconocida competencia» (art. 18 de la Ley orgánica). Pero, ¿quién estima y valora la reconocida competencia? A esto se puede responder claramente diciendo que son las fuerzas políticas.¹⁰

También se observa en el argumento la vertiente «antipolítica» sobre la que volvére luego. Pero, al menos, esta argumentación pretende destacar algunas ventajas técnico-procedimentales a favor de los magistrados de carrera.

A contrario sensu, quienes critican a la prohibición desconfían de la valoración positiva de los jueces «profesionales» y de carrera judicial. En el capítulo pertinente veremos que este correlato también se verifica en las designaciones y en las performances de los magistrados en el TC

En relación al 127.1, 159.4 CE y el 19 LOTC, la literatura más extendida considera que la prohibición obedece más a razones de apariencia que de sustancia. Ignacio de Otto piensa que la prohibición de militancia política, que la CE prescribe para los jueces y fiscales en activo, responde más a un problema de imagen y de legitimación pública de la judicatura, que a una necesidad lógica derivada de la exigencia de neutralidad, y ello, tendente a evitar la sospecha de parcialidad que se suscitara entre los justiciables o en la sociedad en general, por el hecho de que tal o cual juez es militante de un partido determinado.¹¹

El fin de esta prescripción constitucional es garantizar la apariencia de parcialidad del juzgador; obviamente ni la constitución ni nadie puede impedir que un juez tenga su correspondiente ideología política, pero sí se puede evitar la expresión pública que de esa ideología política supone la afiliación a un partido político o sindicato. Con ello se consigue que la confianza del justiciable en la imparciali-

¹⁰ Valiño del Río, Emilio, «*Jueces constitucionales: ¿de reconocida competencia?*» Universidad de Valencia, http://www.uv.es/ajv/art_jcos/artjuridicos/art15jueces%20constitucionales.htm

¹¹ Otto, Ignacio de, *Estudios sobre el Poder Judicial*, p. 64.

dad del juzgador no pueda menoscabarse por el conocimiento de la adscripción de éste a un determinado credo.¹²

Por supuesto existen posiciones que esgrimen razones para apoyar o rechazar la prohibición.

Una posición destaca a la prohibición porque sustenta en el juez la imparcialidad, la asepsia valorativa y una prudente distancia de las ideologías y de las funciones de los otros poderes del Estado. Un modelo de juez alejado de cualquier contaminación proveniente del mundo de la política, un juez técnico despojado de otras preocupaciones al aplicar la ley y la constitución. Se trata de un modelo de juez identificado con la ideología conservadora.

Los argumentos a favor del 127.1 esgrimen que, i) no solo es cuestión de imagen pues, cuando se pertenece a un partido, se tiene, al menos, una cierta relación de disciplina con una estructura organizativa ajena a la función jurisdiccional y se asume un deber de respeto genérico y promoción de los ideales e intereses del partido; ii) el partido no es sólo un lugar de convicciones sino un instrumento de lucha política que por definición tiene contrarios o adversarios; iii) no es del todo válido el contraargumento referido a la imposibilidad de evitar la adscripción ideológica de un juez, por cuanto no se le niega que tenga ideas o ideales políticos sino que milita en forma organizada en un partido.

La posición contraria al 127.1 CE pretende un juez comprometido con los valores y los principios de la democracia y del Estado social. Un juez activo ante la realidad y que sirva como agente de transformación social en línea con los arts. 9.2 o 53.3 CE.¹³

Se critica el art. 127.1 especialmente en dos aspectos, i) impide a los jueces el ejercicio de un derecho fundamental; ii) responde a una imagen conservadora de la judicatura que considera negativamente a la actividad política en sí misma.¹⁴

¹² García Morillo. En: Luis López Guerra y otros. (1997). *Derecho Constitucional*, Vol. II, Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 225. Coincide con este argumento otros autores como: Almagro Nosete (1984) en: *Constitución y Proceso*. Barcelona: Librería Bosch, p. 82; José Luis Delgado y Mariano Marzal. *La Independencia Judicial*. Terceras Jornadas de Independencia Judicial, 1º II, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, p. 1090; y Climent González en la misma obra, p. 1107.

¹³ Brey Blanco, José L. (2004). Los jueces y la política: ¿imparcialidad/neutralidad versus compromiso democrático? Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva época, Nº 0, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, pp. 38-39.

¹⁴ En este sentido, Huerta Contreras (1995). *El Poder Judicial en la Constitución española*. Universidad de Granada, p. 82; Ibañez, Andrés (1988). *Justicia-Conflicto*. Madrid: Tecnos, p. 97; y Alvarez, Conde. (1997). *Curso de derecho Constitucional*. Vol. II, Madrid: Tecnos, pp. 256-257.

La idea de un juez técnico ajeno a toda consideración política, ideológica o social implica, en sus argumentos justificativos, un discurso antipolítico.

Se ha puesto en contexto temporal e histórico, a efectos de su crítica, la aprobación del art. 127.1 de la CE:

*Exista una amplia creencia en la necesidad de que los integrantes del Poder Judicial se dedicasen en forma excluyente y exclusiva al Derecho reputado como un espacio técnico, separado de la política, concebida (con ideas muy extendidas en los sistemas autoritarios) como arena a la que no se puede descender sin ensuciarse las manos, y ha de reservarse a profesionales dispuestos a asumir ese riesgo.*¹⁵

Las dos posiciones existen como tendencias que representan dos modelos diferentes de juez.

*Que los individuos que ostentan la calidad de juez no están obligados a ser apolíticos ni cosa semejante es algo perfectamente obvio: ni la constitución impone tal exigencia ni la circunstancia de que un juez tenga convicciones tiene por qué afectar a su independencia e imparcialidad.*¹⁶

En la cita se advierte la existencia de dos criterios con los que la mayoría de la doctrina está de acuerdo. El primero observa la imposibilidad de una neutralidad absoluta, no puede pensarse en un juez –al fin y al cabo una persona? que escape a los condicionamientos ideológicos, políticos, religiosos y económicos propios de la condición humana. El segundo proclama la compatibilidad, entre las convicciones políticas y la imparcialidad, aunque sin que ello implique, al menos para la doctrina mayoritaria, que el juez tenga necesariamente actividad política.¹⁷

La mayoría de estos argumentos se esgrimieron en el debate constituyente, imponiéndose aquellos que defendían la prohibición y que sostuvieron, más enfáticamente, el argumento de la salvaguarda de la imagen pública de la justicia.

Este debate condensa, a su vez, otros dos aspectos adicionales que son más amplios que la mera prescripción de la prohibición.

¹⁵ "Jueces y Política" (1996) XI Congreso de Jueces para la Democracia. Santander, caja Cantabria, pp. 26 y 77.

¹⁶ Otto, Ignacio de. (1989) *Estudios sobre el Poder Judicial*. Madrid: Ministerio de Justicia, p. 63. En el mismo sentido, López Aguiar, Juan F. (1996). *La Justicia y sus problemas en la Constitución*. Tecnos, Temas clave de la Constitución, pp. 29 y 30.

¹⁷ Brey Blanco, José L. (2004). *Los jueces y la política: ¿imparcialidad/neutralidad versus compromiso democrático?* Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva época, Nº 0, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, pp. 37-67.

Uno de los aspectos es el del tipo de juez necesario para el TC, lo que interpela la variedad de cuestiones ya enumeradas. El otro, la conexión con la base de legitimidad política que requiere el juez constitucional puesto en la delicada tarea de controlar a los otros órganos del Estado elegidos directamente por la voluntad popular.

*la labor jurídica realizada por los tribunales constitucionales que tiene evidentes connotaciones políticas requiere de los magistrados que los integran una legitimidad doble: su preparación jurídica especializada y su nombramiento por órganos representativos del cuerpo político de la sociedad, los que les transmiten en forma indirecta la legitimidad democrática de su autoridad.*¹⁸

Resulta llamativa la persistencia de argumentos, de tono excesivamente dogmáticos, que valoran positivamente la prohibición, cuando se ha verificado reiteradamente el alineamiento, incluso hecho público por la prensa, de los jueces del TC en casos de trascendencia institucional y de acuerdo a sus adscripciones conocidas y relacionadas con los gobiernos que los designaron.

El choque entre la disposición constitucional y la "rebeldía" realidad de los hechos produce, en la opinión pública y la ciudadanía en general, el efecto contrario, descrimiento, mala reputación de instituciones y funcionarios, y ello por querer evitar lo inevitable, o esconder y disimular en lugar de establecer visibilidad y sinceramiento. Luego, sigue violar la norma, y así, perfeccionar la mala praxis institucional exponiendo a los agentes judiciales a dos problemas, en vez del que en origen era uno; i) el original, demostrar neutralidad e imparcialidad a pesar de sus simpatías y/o militancia política; ii) el derivado, explicar por qué se viola la norma que prohíbe la adscripción política.

Como ejemplo del estado público de las posiciones ideológicas y políticas de los magistrados del TC, citamos algunos párrafos de artículos periodísticos, entre los cientos disponibles al efecto:

LA PRESIDENTA DEL TC ACUSA A LA DERECHA DE POLITIZAR EL TRIBUNAL. *Casas culpa a los jueces conservadores de cambiar la doctrina para apartar a Tremps. La mayoría alega que el recusado tenía una opinión formada a favor del Estatut. Sin pelos en la lengua. La presidenta del Tribunal Constitucional, Maria Emilia Casas, acusó ayer a sus colegas del sector conservador de politizar la institución. Casas formula este duro reproche en su voto particular contra la recusación del magistrado Pablo Pérez Tremps, solicitada por el PP y aprobada por los seis jueces que conforman la mayoría de derechas del tribunal.* El Periódico de Cataluña del 14 de Febrero de 2007.

¹⁸ Nogueira Alcalá, Humberto, (2004). *La independencia y responsabilidad del juez constitucional en el derecho constitucional comparado*. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, n. 1 p. 67.

LA PUGNA ENTRE CONSERVADORES Y PROGRESISTAS POR EL CONTROL DEL ALTO TRIBUNAL. *El Constitucional vive esta semana una batalla decisiva. Los afines al PP pueden ser mayoría en el tribunal si logran echar a la presidenta. El Estatut y otras cinco leyes dependen de un frágil equilibrio entre tendencias.* El Periódico de Cataluña del 8 de Octubre de 2007.

EL CONSTITUCIONAL APARTA A LOS DOS MAGISTRADOS CONSERVADORES RECUSADOS POR EL GOBIERNO. *Tras la exclusión de García Calvo y Rodríguez-Zapata, la sala que resolverá el recurso contra la LOTC estará compuesta por solo ocho magistrados -tres del sector conservador y cinco del progresista*. El Periódico de Cataluña del 12 de Marzo de 2008.

INSTITUCIÓN DESPRESTIGIADA. *Los magistrados lamentan la pérdida de prestigio de esta sede judicial. "Hemos dejado de ser jueces para pasar a ser comisarios políticos. Se nos coloca en bloques ideológicos", lamentan. Por ello, critican que el PP y el PSOE no sean capaces de ponerse de acuerdo para renovar los cargos: «La institución les importa un rábano», sentencian.* El Periódico de Cataluña del 25 de Mayo de 2008.

En términos democráticos la cuestión puede ser perfectamente sustentable, no debe demonizarse la visibilidad y transparencia sobre la adscripción, militancia o simpatía política de los jueces y que ello, en todo caso, sirva como una vía mas en la que se reflejen las líneas políticas de la sociedad articuladas a los resultados electorales, eso hace consistente la legitimidad política de la justicia constitucional frente a los otros órganos políticos del Estado, a quienes controla, y que gozan de ella por directa elección popular. Por cierto, un tema de larga data en el debate académico y nunca definitivamente zanjado.

Como si no fuera suficiente el público y notorio conocimiento de las pertenencias político-ideológicas de los magistrados del TC, sin que ello deba, necesariamente, y al menos en una buena cantidad de los casos que resuelven, afectar su imparcialidad y neutralidad, también las adscripciones y alineamientos políticos se generan en torno a las asociaciones que agrupan a los funcionarios judiciales.

Las hay claramente identificadas, de acuerdo al "sentido mentado a la Weber", como de ideología de izquierda o progresistas, de derecha o conservadoras, y también "centristas". Por ello, cercanas al respectivo partido político afin a cada ideología.

Por ejemplo, el caso de la Asociación Profesional de la Magistratura (APM) de carácter conservador, y de Jueces para la Democracia (JpD) de carácter progresista.

La asociación Franciscano de Victoria actúa como comodín, aunque sus miembros son de perfil moderado. Nótese que el sistema de elección de los vocales del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), admite la presentación de listas de candidatos por parte de las asociaciones judiciales claramente identificables en términos de ideología política.

Recientemente esta cuestión renovó su interés con el caso del actual Presidente del TC Francisco Pérez de los Cobos, quien ingresó al mismo en Diciembre de 2010. Si bien la Constitución española en el art. 159.4 y en el art. 19 LOTC, solo prohíbe a los magistrados del TC ocupar cargos directivos o ser empleados de los partidos políticos, se ha considerado extendida la aplicación del art. 127.1 a los miembros del TC en forma análoga a la existente para los integrantes del poder judicial.¹⁹ Y en ese sentido fue el voto discrepante del magistrado Luis Ortega, aunque finalmente las recusaciones contra el actual presidente fueron rechazadas por mayoría (9 votos a 2) por el TC. Lo que aquí interesa exponer es el nuevo hecho controversial en torno a las normas de prohibición que se comentan. Y en este caso, también, las adscripciones de unos y otros magistrados quedaron claramente expuestas en los medios masivos de comunicación con el consabido impacto en la opinión pública y con el previsible deterioro en la legitimidad del TC. Podría interpretarse en el mismo sentido de la nota, que en su párrafo pertinente se reproduce abajo y a pesar de su ligereza típicamente periodística, que la decisión del TC abre, efectivamente, la puerta a una perspectiva más flexible y realista de la cuestión, lo que podría evitar en el futuro la repetición de hechos tan polémicos y difusos como el de De los Cobos, y el de Pérez Temps, que se comenta más abajo, ambos, no casualmente académicos, que se han visto involucrados en hechos controversiales.

LA INDEPENDENCIA DE COBOS DIVIDIAL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. *La mayoría del pleno del Tribunal Constitucional rechazó este martes admitir las recusaciones promovidas por la Generalitat y el Parlamento de Cataluña contra el presidente del alto tribunal, Francisco Pérez de los Cobos, que compaginó su militancia en el PP con su puesto como magistrado. Con el visto bueno a la compatibilidad, a partir de ahora, todos los magistrados del Constitucional que no provengan de carrera judicial (la Constitución si prohíbe a jueces y magistrados de otros tribunales la afiliación política) podrían militar en un partido, siempre que no ocuparan un puesto directivo, sabiendo ya que cuentan con el aval de la mayoría del pleno. El País del 17 de Septiembre de 2013. http://politica.elpais.com/politica/2013/09/17/actualidad/1379407001_939768.html*

En relación a lo dispuesto por el art. 18 LOTC, además de su propio enunciado sobre "Magistrados, Fiscales, Profesores de Universidad (...) todos ellos juristas de reconocida competencia", existen otras normas coincidentes con ese precepto. Por ejemplo, la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, art. 301. 2: «una tercera parte de las plazas que se convoquen se reservará para juristas de reconocida com-

¹⁹ Pérez Royo, Javier, en El PAÍS, Madrid, 20 de julio de 2013, p. 12, dijo que: "No se puede justificar de ninguna manera la conducta del presidente del Constitucional" en 2013, aunque tal vez hubiese sido tolerado a la época de la transición.

petencia», y el 301.3: «ingresarán en la carrera judicial por la categoría de magistrado del T.S. o de Magistrado, juristas de reconocida competencia».

También la Ley Orgánica 1/1980 del Consejo General del Poder Judicial, art. 7, vuelve a citar la reconocida competencia. Lo propio enuncia la ley orgánica del Tribunal de Cuentas, LO 2/1982 art. 30. Por último, para ser juez del Tribunal de Justicia de la UE se necesita igualmente esa competencia valorada por las negociaciones entre los partidos más importantes del sistema político y el gobierno, que es quien envía la propuesta a Luxemburgo. De hecho los jueces españoles en el TJUE han sido mayoritariamente catedráticos.

Las opiniones críticas respecto al significado de la frase "juristas de reconocida competencia", pautada impuesta por el art. 18 de la LOTC para la designación de los jueces del TC, prefieren una pauta técnica para la selección de los magistrados del TC y requirieren que los jueces tengan formación y experiencia como tales en la carrera judicial. Es la opción de los magistrados de carrera judicial por sobre los académicos que, ya hemos visto, es articulada por sus defensores con la desconianza hacia la política en general y a los partidos en particular, por ende, de acuerdo con la prohibición del 127.1 y del 159.4 CE.

En ese sentido se ha criticado la cuestión en la figura de los presidentes del TC: *Todos los presidentes desde 1978 son o han sido solo profesores de Universidad, salvo Sala Sanchez y, por consiguiente, no habituados a redactor sentencias. La ley del Tribunal Constitucional permite, incluso, que los magistrados no jueces profesionales, no hayan ni siquiera leído ninguna. Sólo necesitan el acuerdo votado por los grandes partidos. Hubiera sido más sensato y hubiera dado más confianza a los ciudadanos que, de no ser el presidente, la gran mayoría de los magistrados fueran profesionales y, a ser posible, propuestos por los colegios de abogados, colectivos de magistrados, etc., que son los que saben quiénes hacen mejor las sentencias.*²⁰

En sentido contrario la doctrina sostuvo que:

*La dimensión política de los fallos no puede ser desconocida por el juez constitucional, no puede desconocerse ni ignorarse la politicidad propia del derecho público con el cual opera. El juez constitucional está en una delicada posición, debe ser un jurista destacado y además un conocedor de la política debiendo actuar con prudencia en el tempestuoso mar de las disputas del poder, debiendo emplear argumentos y técnicas que desconoce el juez ordinario.*²¹

²⁰ Valiño, Emilio, *Catedrático en la Universidad de Valencia*, Sobre los tribunales constitucionales. http://www.urbechius.org/newstets/23/news_23_valino.pdf

²¹ Nogueira Alcalá, Humberto, (2004). La independencia y responsabilidad del juez constitucional en el derecho constitucional comparado. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, n. 1 p. 89.

También a favor de los académicos en el TC se ha dicho que la especialización constitucional del modelo español, y europeo en general, es muy indicada para una constitución como la

repleta de principios y valores cuya interpretación es una tarea sumamente compleja y delicada, la de velar mejor por el principio de igualdad... por controlar al legislador y ser especialmente respetuoso con la democracia parlamentaria que se resiente si todos los jueces pueden invalidar la voluntad del legislador.

Por ello se debe señalar:

el riesgo que puede correrse (y que parece estar en el inmediato horizonte) de que en el TC la mayoría de sus miembros procedan de la carrera judicial en detrimento de la academia. Un TC donde haya jueces por supuesto, pero donde la mayoría sean profesores como ha ocurrido, sobre todo, en los primeros tiempos del TC parece más idóneo para ser el supremo intérprete de la constitución.²²

También la "reconocida competencia" puso en confrontación a la práctica jurisdiccional de carrera con la academia, en ocasión del sonado proceso de recusación del ex magistrado Pérez Tremps para apartar su intervención en la sentencia del Estatuto catalán. Eliseo Aja planteó con perspicacia, las incongruencias entre las características y actividades propias de la vida académica que dan consistencia a la "reconocida competencia" de los profesores universitarios, y los motivos de la recusación al ex magistrado. El caso es un buen ejemplo de la ambigüedad del precepto y de lo contraversial de su funcionalidad, al contraponer el requerimiento de la "reconocida competencia", según se trate de un magistrado de carrera o de un académico.

Los jueces (y fiscales y abogados en su caso) generalmente han participado en muchos pleitos y, en el primer caso, han dictado muchas sentencias, pero en general su actividad no pasa de las paredes de los tribunales (...). Los profesores, en cambio, son distintos: su tarea es enseñar Derecho en la universidad y su tiempo principal se dedica a la investigación. Ambas tareas culminan en la publicación de libros y artículos, no con el interés creativo del novelista (ojalá), sino como instrumento de la investigación y de la docencia. No puede ser buen profesor quien no sigue investigando. Pero no hay buena investigación que no culmine en una publicación, porque los resultados hay que hacerlos públicos. Es decir, un profesor tiene en la publicación de artículos y libros el instrumento y a la vez el acicate y el lucimiento de su trabajo. Para ser jurista de reconocido prestigio, si eres profesor, tienes que haber publicado muchos trabajos, y si eres un buen

²² Aragón Reyes, Manuel. (2004). "25 años de justicia constitucional en España". En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Nº 2, México: Editorial Porrúa, p. 20.

profesor muchos de esos trabajos tendrán relación con la actualidad. Esta explicación de manual también podemos aplicarla al profesor Pérez Tremps. En Derecho Constitucional, en los últimos años, casi todos los profesores de España han publicado algo sobre el Estatuto de Catalunya o las reformas equivalentes de los demás estatutos y, naturalmente, el profesor Pérez Tremps, que es muy buen profesor, también. ¿Cómo es posible que un magistrado constitucional sea recusado por hacer justamente aquello que se le exige para ser magistrado?²³

CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS Y PERSONALES DE LOS MAGISTRADOS DEL TC

Se desagregan en este apartado diferentes tópicos que permiten conocer las características particulares, profesionales, académicas, de los magistrados del TC, y su incidencia en la performance de los mismos durante su estadia en la institución. Se vierten datos comparados de tribunales constitucionales de otros países.

Cuadro Nº 1: Cantidades y porcentuales Magistrados TC desagregados por Formación profesional, Perfil técnico y Especialidad Jurídica (1980-2011)

Total de Magistrados del periodo: 50*		Perfil técnico		Especialidad Jurídica	
Formación profesional		Publicistas: 15 (30%) ^a	(83%) ^b	Contencioso administr.: 11 (22%) ^a	(61%) ^b
Magistrados de carrera: 18 (36%) ^a		Privatistas: 1		D. Penal: 2; D. Civil: 1; Dcho. Trabajo: 1	
		Sin definición: 2		Sin especialidad: 3	
Académicos: 32 (64%) ^a		Publicistas: 28 (56%) ^a	(87%) ^b	D. Constituc. y Político: 9 (18%) ^a	
		*2. Privatistas: 4 (8%) ^a	(12%) ^b	D. Administrativo: 4 (8%) ^a	
				Dcho. Internacional: 4 (8%) ^a	
(13%) ^b				D. del Trabajo: 3 (9%) ^b ; 3 Dcho. Civil	
(9%) ^b					
Abogados: 2 (4%) ^a		Sin definición: 2			

Referencias:

a. indica porcentajes en relación al total de magistrados

b. indica porcentajes en relación a cada formación profesional

* La cantidad total de magistrados del periodo, difiere de la sumatoria nominal en algunas de las variables desagregadas, como consecuencia de que algunos dictaban más de una de las características medidas. También por ello los porcentuales exceden el 100% dada la duplicidad de origen profesional de los magistrados Delgado Barrio y Rodríguez Zapata.

*1. Los magistrados Delgado Barrio y Rodríguez Zapata tenían prestigio y reconocimiento académico y carrera como magistrados.

*2. A los magistrados Menéndez Menéndez y de los Mozos se les atribuyen ambos perfiles: pu blicistas por su actuación política y privatistas por su especialidad jurídica en la academia y en la magistratura respectivamente.

Este cuadro indica cantidades nominales y porcentuales de magistrados, considerando su formación profesional, en relación al total de magistrados que integraron el TC en el periodo investigado, y se desagregan los datos en relación al total, y en relación a cada tipo de formación profesional, a su vez considerando y cruzando las variables perfil técnico y especialidad jurídica.

Fuente de los datos estadísticos: Base estadística propia elaborada con datos extraídos de la web-page del TC

Cuadro N° 2: Cantidades y porcentuales Magistrados TC desagregados por Filiación Ideológica, Formación Profesional y Especialidad Jurídica (1980-2011)

Total de Magistrados del periodo: 50

Filiación Ideológica	Formación profesional	Especialidad Jurídica		
Progresistas: 25 (50%)	académicos 18 (36%)a (72%)b	magistrados 6 (12%)a (24%)b	abogado 1	Deho.
Constituc. y político 9				
Conservadores 13 (26%)	* magistrados 8 (16%)a (62%)b	académicos 5 (10%)a (38%)b		Deho.
Contencioso Adm. 7				
Centro 9 (18%)	académicos 5 (10%)a (56%)b	magistrados 3 (6%)a	abogado 1	Deho.
Adm. y Cont. Adm. 4				
Sin definición 3 (6%)				

Referencias:

- a. Indica porcentajes en relación a total de magistrados
 b. Indica porcentajes en relación a cada filiación ideológica.
 * Los magistrados Delgado Barrio y Rodríguez Zapata tienen ambas formaciones profesionales como académicos y magistrados.
 Este cuadro indica cantidades nominales y porcentuales de magistrados considerando su filiación ideológica en relación al total de magistrados que integran el TC en el periodo investigado, y se desagregan los datos en relación al total, y en relación a cada tipo de filiación ideológica, considerando y cruzando las variables formación profesional y perfil técnico.
 Fuente de los datos estadísticos: Base estadística propia elaborada con datos extraídos de la web-page del TC.

Cuadro N° 3: Cantidades y porcentuales Magistrados TC desagregado por Perfil técnico y Especialidad Jurídica sobre total (1980 -2011)

Total de Magistrados del periodo: 50

Perfil técnico: Publicistas: 40 (80%)	Privatistas: 5 (10%)	Sin definición delectar: 6
* (A los magistrados, Menéndez Menéndez y de los Mozos, se les arribuyen ambos perfiles)		
Especialidad Jurídica:		
Dcho. Administrativo y Contencioso Adm. 15 (30%)	Filiación ideológica	
Dcho. Constitucional y Político	9 (18%)	Conservadores y Centro: 11 (73%)
Dcho. Internacional	4 (8%)	Progresistas: 9 (100%)
Dcho. Penal	4 (8%)	
Dcho. del Trabajo	4 (6%)	
Dcho. Civil	3 (6%)	
Dcho. Mercantil	2 (4%)	

Otras disciplinas: Economía política 1; Historia del derecho 1; Dcho. Romano 1; D. Tributari o 1; D. Procesal 1 (10%)
 Sin especialidad delectar: 5 (10%)
 Fuente de los datos estadísticos: Base estadística propia elaborada con datos extraídos de la web- page del TC.

a) Formación profesional. Académicos y Jueces de carrera

Esta variable desagrega a los magistrados por su ejercicio profesional encontrando 3 categorías distintas de formación profesional para los magistrados del TC (cuadro n° 1).

Los magistrados de carrera: jueces que se han desempeñado principalmente en esa función proviniendo de otras agencias del poder judicial ordinario sean juzgados o tribunales superiores.

Del total de magistrados designados en el TC durante el periodo investigado (50 magistrados entre 1980 y 2011), 18 han sido magistrados de carrera, el 36% del total. Los 10 magistrados propuestos por el CGPJ (Consejo General del Poder Judicial) fueron jueces de carrera.

Los académicos: magistrados cuya principal actividad previa a su designación ha sido docencia e investigación. Del total de magistrados, 32 han sido académicos, el 64% del total.

Los abogados: magistrados que no encajan en ninguna de las categorías precedentes, por ejemplo, García Mon y Gay Montalvo. Son 2 los magistrados que se han contabilizado solo como abogados.

La cantidad total de magistrados del periodo difiere de la sumatoria nominal en algunas de las variables desagregadas, como consecuencia de que algunos detentan más de una de las características medidas. También por ello los porcentajes exceden el 100% en esta variable dada la duplicidad de origen profesional de los magistrados Delgado Barrio y Rodríguez Zapata. Delgado Barrio fue en 1995 propuesto por CGPJ y en 2001 por Diputados, magistrado y académico en Derecho Contencioso Administrativo. Rodríguez Zapata fue magistrado y académico en Derecho Constitucional.

Si bien los académicos siempre han sido mayoría en el TC, esa tendencia se ha debilitado en los últimos años. Entre 1980 y 1992 alrededor del 70% de los magistrados fueron académicos, e incluso hubo picos aún mayores (75% en la formación de 1986-89, la formación con mayor porcentaje de académicos). A partir de 2001 hasta Diciembre de 2011, el porcentaje de académicos se redujo a un promedio de 53%.

Por supuesto, en forma inversamente proporcional, los jueces de carrera pasaron de integrar el TC en un 25%, aproximadamente, durante su primera década, a un 40% en promedio durante la última década medida en la investigación.

Dependiendo de qué variable independiente consideremos tendremos que: el 72% de los magistrados de filiación ideológica progresista en el TC han sido académicos. De otro modo, el 56% de los académicos en el TC han sido de filiación progresista.

El 62% de los magistrados en el TC de filiación ideológica conservadora han sido jueces de carrera. El 44% de los magistrados de carrera han sido de filiación ideológica conservadora (cuadros n° 2 y 3).

Surge entonces, a través de una medición y corroboración de doble vía, una tendencia sustentable, *los magistrados del TC provenientes del mundo académico han sido mayormente progresistas; los provenientes de la carrera judicial (jueces o magistrados de carrera) han sido mayormente conservadores.*

Tanto entre académicos como entre magistrados de carrera, claramente, predomina el perfil técnico publicista, por encima del 80%. Respecto a especialidad jurídica, el 61% de los jueces de carrera han sido administrativistas. Más repartida es la especialidad entre los académicos, aunque predominan los constitucionalistas con el 28% (cuadro n° 1).

b) Perfil técnico. "Publicistas" o "privatistas"

Esta variable desagrega a los magistrados según su perfil técnico, entendiendo por tal cosa que su principal área de expertise sea en derecho público o derecho privado. Esta desagregación abarca cualquiera de las formaciones profesionales enumeradas en el apartado anterior. Así, se puede ser juez de carrera o académico tanto "publicista" como "privatista".

Las categorías de "publicistas" y/o "privatistas/civilistas" resultan variables útiles para explicar el comportamiento y el sentido de las decisiones de los magistrados. Se considera "publicista" al que posee antecedentes de actuación en el ámbito judicial y/o universitario, en fueros o materias de la carrera de derecho público, y/o ha desempeñado funciones políticas, u ocupado cargos en la administración pública. Se considera "privatista/civilista" al juez que posee como antecedentes una formación y actuación en el ámbito judicial y/o universitario, en fueros o materias de la carrera de derecho civil o privado y que no ha desempeñado funciones políticas.

Un juez "privatista/civilista", puede inferirse, que estará naturalmente más preocupado por efectuar estrictos juicios técnicos y de legalidad, y por erigirse en un protector de derechos sustantivos subjetivos e individuales, en resguardo de los abusos de la administración y legitimado por su cercanía con los ciudadanos merced al ejercicio de la jurisdicción. Es posible que, en ese afán, descuide el matiz de previsibilidad, de anticipación, que resulta menester tengan sus decisiones, a fin de no generar con ellas consecuencias políticas y sociales peores que las se quieren evitar.²⁴

²³ Aja, Eliseo. *Recusación sin sentido constitucional*. El Periódico de Cataluña del 8 de Febrero de 2007.

²⁴ Néstor Sagüés denomina a quien llamo "privatista/civilista" el "juez legal o legalista". "El rótulo de «juez legal» tiene algunas señas identificatorias de su conducta tribunalística: i) plantear y resolver los casos a partir de preceptos subconstitucionales; en particular los códigos civil, comercial y penal, como piezas paradigmáticas del arsenal jurídico en vigor; ii) omitir

Un juez "publicista", por su formación y familiaridad con el mundo de la política y del derecho público, estará más inclinado a juicios que contengan el dato de la previsibilidad, de la anticipación sobre las consecuencias políticas, económicas y sociales de sus decisiones. Así, será un juez más proclive a proteger al sistema político, construyendo un tribunal protector de los procesos políticos democráticos observando como meta el óptimo funcionamiento del sistema y, a dicho fin, se relacionará armónica y funcionalmente con los poderes ejecutivo y legislativo. Su acción estará enfocada a la protección de derechos sociales o públicos, y permeable a los cambios que se produzcan en los procesos políticos y sociales.²⁵

Autores como Cappelletti, han insistido frecuentemente en la idea de que los jueces civilistas no están preparados para el ejercicio de la jurisdicción constitucional.²⁶

También el jurista alemán Otto Bachof sostuvo, analizando la función de control de constitucionalidad, y en defensa de un tribunal especial compuesto por jueces especializados que:

La labor, llena de responsabilidad, de interpretación normativa de la Constitución y de protección de su sistema de valores, necesita una instancia especializada en estas cuestiones, requiere personas de notoria experiencia en cuestiones de Derecho y de práctica constitucionales: una experiencia que no tiene el juez ordinario, ni puede tenerla. También requiere esta función un órgano con un carácter totalmente representativo que pueda decidir por sí solo con suficiente autoridad cuestiones de tan trascendentales consecuencias políticas. Se necesita pues un Tribunal Constitucional especial.²⁷

Peter Häberle coincide:

no todo excelente jurista es el más apropiado magistrado constitucional, porque un experto civilista, penalista o procesalista requiere de una calificación especial en Derecho Constitucional, que no es sólo una construcción teórica a aprender en los libros y en las normas, sino también una fuerza

en las demandas y en sus respuestas, y en las sentencias, referencias a los artículos de la Constitución; iii) interpretar al derecho subconstitucional como derecho independiente del constitucional; iv) usar las normas constitucionales como recurso extremo y supletorio, o en su caso, clarías como elemento meramente decorativo, doctrinario o teórico, siempre secundario. En algunos casos límite, el empleo de las cláusulas constitucionales para fundar una demanda o un veredicto incluso, puede ser visto como sospecha de carencia de argumentos jurídicos más contundentes y específicos para dirimir la litis." Sagüés, Néstor Pedro (2000). *Del Juez legal al Juez constitucional*. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. N° 4, p. 338.

²⁵ Sobre estas caracterizaciones puede verse: Berchlot, Jorge O. (2006). *La Corte Suprema en el sistema político*. Buenos Aires: Ediar, pp. 27 a 29.

²⁶ Cappelletti, Mauro. (1986). "Le contrôle juridictionnel des lois", p. 314. Aix-en-Provence, Otto Bachof. (1985). *Jueces y Constitución*. Madrid: Editorial Civitas, p. 55.

*social e institucional que fundamenta la vida política de un país ... se requiere de jueces constitucionales en contacto con la sociedad y comprometidos con los problemas de su tiempo histórico ... se busca a un magistrado constitucional instalado en el medio de la vida social, en el medio del sentimiento constitucional del pueblo y que actúe como representante jurídico de la unidad de la sociedad.*²⁸

El dominio de los magistrados publicistas en el TC es manifiesto. El 80% de los magistrados del TC en el periodo 1980-2011 han sido publicistas, 40 sobre un total de 50. Solo 5, el 10% del total, son considerados privatistas y 6 magistrados han quedado sin definición detectada (cuadro n° 3).

Dos magistrados requirieron algunas aclaraciones específicas. Se trata de magistrados que presentan características publicistas no obstante su perfil académico civilista. Se trata de Menéndez Menéndez, académico en especialidad privatista, y publicista por su acción política como ministro de Educación y Ciencia durante los años 1976 y 1977; y de los Mozos quien en 1986 presentó, por el partido Alianza Popular, su candidatura al Senado, siendo elegido Senador el 15 de julio de 1986. Por ello se le asigna el doble carácter de publicista, por su actividad política, y civilista por su especialidad académica.

Hasta 1995 existió un leve contrapeso más relevante de privatistas en el TC pero, a partir de 1995, el sesgo publicista ha sido aún mayor y el TC estuvo integrado en un porcentaje superior al 80% por magistrados de perfil publicista, incluso con picos de más del 90% de ese perfil.

Predomina el perfil técnico publicista, por encima del 80%, tanto para magistrados de carrera como para académicos. En el campo de las disciplinas publicistas los magistrados expertos en derecho administrativo son mayoría, 15 presentan antecedentes principales en el área; luego siguen 9 magistrados expertos en Derecho Constitucional y Político (cuadro n° 1).

DATOS COMPARADOS. JUECES "PUBLICISTAS" Y "PRIVATISTAS/CIVILISTAS" EN ARGENTINA

El doctrinario argentino Y, en dos épocas diferentes 1958/60 y 1990/91?, juez de la Corte Suprema argentina, Julio Oyhanarte, sostuvo al referirse al funcionamiento del tribunal que integró entre los años 1958 y 1962 que:

²⁸ Haberte, Peter. (1980). *Verfassungsgeschichtlichkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft. Rechi aus Rezensionen. Verfassungsgeschichtlichkeit aus politische Kraft. Zwei Studien. Königstein, pp. 73 y ss.*

En la formulación de la jurisprudencia de esta etapa mucho tuvieron que ver los hombres, por supuesto. El hecho positivo, no casual, fue que la mayoría de ellos estuvo constituida por juristas de formación "publicística" algunos de los cuales, además, poseían una mentalidad política definida y experimentada. Baste recordar los nombres de Villegas Basavilbaso, Colombres, Aráoz de Lamadrid, Aberastury, Imaz y Mercader. Y debo incluirme yo, que fui profesor de derecho constitucional y derecho público provincial desde 1955. Mientras tanto en Orgaz, Boffi Boggero, Bidau y Zavala Rodríguez, dominaba una natural inclinación al enfoque "privatístico", originada por los largos años que dedicaron a magistraturas o cátedras de derecho civil o comercial. De los cuatro podría decirse que llegaron a la Corte sin haber recibido esa forma irremplazable de enseñanza que se obtiene teniendo con el país, con sus problemas y con su gente, el contacto directo y vital que la actividad política permite. Gracias al tipo de integración que dejó señalado, a la Corte de esta etapa no le resultó difícil superar los inconvenientes que el "civilismo" trae aparejados, especialmente en lo que respecta al control de constitucionalidad.²⁹

Como datos comparados, los cuadros que siguen, nos muestran el perfil técnico de los jueces que integraron la Corte Suprema en la Argentina entre 1935 y 2002, y desagregado por las categorías gobiernos constitucionales-democráticos y dictaduras militares.

Cuadro N° 4: Jueces en la Corte Suprema Argentina 1935 -2002

	Total	Gobiernos democráticos	Gobiernos militares
Jueces Publicistas	62 %	73 %	27 %
Jueces Civilistas	38 %	50 %	50 %

De este cuadro surge que del total de jueces que se desempeñaron entre 1935 y 2002 en la Corte Suprema, un 62 % tuvo características publicistas y un 38 % características privatistas-civilistas.

De los jueces publicistas, el 73 % integró la Corte durante gobiernos democráticos y el 27 % durante gobiernos militares.

De los jueces civilistas, el 50 % integró la Corte durante gobiernos democráticos y el 50 % durante gobiernos militares.

²⁹ Oyhanarte, Julio. (1972). "Historia del Poder Judicial". In: *Revista Todo es historia*. N° 61. Buenos Aires, p. 115.

Cuadro N° 5: Jueces en la Corte Suprema Argentina durante Gobiernos Democráticos o Militares 1935 -2002

	Jueces publicistas	Jueces civilistas
Gobiernos democráticos	71 %	29 %
Gobiernos militares	42 %	58 %

Fuente de los datos estadísticos: ver Base de datos propia y Berthoin, Jorge (2004). La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad. Respecto a los otros poderes políticos del Estado (1935-1996). Buenos Aires: Ediar, p. 97-100.

El segundo cuadro toma en consideración los gobiernos como variable de análisis. Durante los democráticos, la Corte estuvo integrada por un 71 % de jueces publicistas, y por un 29 % de jueces privatistas.

Durante los gobiernos militares, la Corte estuvo integrada por un 42 % de jueces publicistas, y por un 58 % de jueces civilistas.

Los gobiernos de facto se preocuparon por nombrar en la Corte jueces de carrera pretendidamente apolíticos o sin actuación política³⁰ siendo esta una de las consideraciones para el concepto de "publicista". Esta "ingenua" pretensión por despolitizar la justicia sólo encubre una politización de ella detrás de una apariencia de judicialización de la política. En la ruptura institucional se aprecia la crisis de la jerarquía jurídica normativa³¹ del proceso político, por lo que resulta lógicamente impropio referirse, sin más, a una pretendida judicialización o profesionalización del personal judicial.³²

c) Especialidad jurídica. Mayoría de administrativistas y constitucionalistas

Se trata de una variable parecida pero diferente, que guarda una relación de especie a género con la variable tratada en el punto anterior. La variable de análisis *especialidad jurídica*, se relaciona con la más destacada o principal área académica y científica del magistrado. Ello es verificable por su producción en investigación, sus publicaciones, su actividad docente y sus estudios de especialización de posgrado. En caso que el magistrado sea un juez de carrera, sin actividad académica relevante, su especialidad estará indicada por los ante-

³⁰ Oyhanarte (ob. cit. p. 89) explica que en los golpes militares de 1955 y 1966: "se produjeron dos intentos de retorno al liberalismo originados en las dos oportunidades por la decisión militar de disolver la Corte Suprema e integrarla con magistrados o profesores de mentalidad predominantemente "civilista".

³¹ Tomás y Valiente. (1993). *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 91.

³² Para este análisis Carl Schmitt. (1983). "La defensa de la Constitución". *Tecnos*, p. 57.

cedentes que posee en su formación y por su actuación en el fuero o materia judicial que corresponda.

Resulta una obviedad que, para tribunales del poder judicial ordinario, se designen especialistas de cada área específica. Si se trata de un tribunal en materia tributaria o fiscal se deberá designar un tributarista, en un tribunal del fuero laboral será un laboralista y los ejemplos pueden continuar y son imaginables en las demás áreas, materias o fueros.

Pero para un tribunal constitucional, ¿cuáles serán las especialidades jurídicas recomendables para la designación de sus integrantes? Más específicamente, ¿qué es recomendable para el Tribunal Constitucional español en relación a su producción institucional?

Vista la performance del TC y, en particular en relación a esta variable, las materias más comunes en los casos que el tribunal debe resolver, es evidente que los publicistas en general, y más específicamente, administrativistas, constitucionalistas, y expertos en áreas afines, resultan los magistrados con las especialidades más adecuadas para integrar el TC.

Como ya se ha dicho en este trabajo, ha quedado claramente corroborado, a través de diferentes unidades de análisis y considerando distintas variables, que las normas de materia administrativa son las más de mayor conflictividad constitucional sobre las que debe resolver el TC. El conflicto constitucional administrativo resulta de absoluta relevancia en su producción y evidencia las aristas salientes, en términos jurídicos, del conflicto político e institucional español. Más aún en jurisdicción autonómica. Los datos estadísticos analizados muestran al TC como una institución con una enorme responsabilidad en el rediseño de la ingiería institucional estatal española, en la distribución de competencias entre el Estado central y las CCAA y en el desarrollo de las autonomías.

Los expertos en derecho administrativo resultan mayoría por especialidad jurídica en el TC. Son 15 en total, de los cuales 11 son magistrados de carrera expertos en el fuero contencioso administrativo y 4 son académicos. Los jueces de carrera provenientes del fuero son el 61% del total de la variable jueces de carrera, una gran mayoría (cuadro n° 1).

Entre los académicos son mayoría los expertos en derecho constitucional y político, son 9. El 100% de los expertos en estas disciplinas son académicos. Luego, los 4 administrativistas del ámbito académico, ya referidos en el párrafo anterior, y 4 expertos en derecho internacional (cuadro n° 1).

Articulando con la variable filiación ideológica se observa que 11 de los administrativistas son conservadores o de centro, el 73% de la especialidad. El 100% de los expertos en derecho constitucional y político, 9 magistrados, han sido de filiación progresista (cuadros n° 2 y 3).

A pesar de que los especialistas en derecho administrativo (30%) y derecho constitucional y político (18%) resultan casi la mitad del total de magistrados del TC en el período, se puede observar, críticamente, cierta desproporción o incongruencia entre esos porcentajes y la producción del TC, la que podría exigir aún más expertos en esas áreas. A contrario sensu, se observa que el 52% de los magistrados del TC posee otras especialidades con poca incidencia en la producción del tribunal. En particular hay un 10% de magistrados con especialidades muy variadas y más bien marginales en la producción del TC, y otro 10% del que no se ha podido detectar especialidad (cuadro n° 3). Este 20% indica que habría aún espacio para una designación de personal más congruente, con la especialidad jurídica más frecuente en la producción del TC.

d) *Filiación ideológica. Progresistas y conservadores*

Es común encontrar literatura, tanto en España como, por ejemplo, en Estados Unidos o Argentina, admitiendo la existencia de tribunales influenciados en sus sentencias por las características ideológicas “conservadoras” (centroderecha) o “liberales” (en su acepción progresista o si se quiere de centroizquierda) de sus integrantes.³³

Parece aceptado que la ponderación de los bienes jurídicos tutelados en conflicto que un magistrado necesariamente debe hacer ante cada situación sobre la que debe emitir sentencia quedará sujeta, a falta de determinación constitucional, a su propia valoración de acuerdo a sus pautas prioritarias. Se ha dicho que:

La Constitución, como es obvio, no establece ningún orden jerárquico de valores, bienes o derechos y pautas para decidir que el sacrificio circunstancial de uno de ellos «merece la pena» desde la perspectiva de la satisfacción de otro entrará sin duda una valoración, valoración en la que ¿aunque no se quiera? pesará la importancia que cada individuo concede a los respectivos bienes en conflicto, así como su propia «cuantificación» de costes y beneficios en el caso concreto.³⁴

³³ En este sentido, se puede ver en la literatura española, García de Enterría, Eduardo, (2000), *Democracia, jueces y control de la administración*, Madrid: Civitas, p. 194 y ss. En Argentina: Julio Oyhanarte, “Historia del Poder Judicial”. Revista *Todo es historia* 1972; Pelllet Lasta, Arturo, (2001), *Historia Política de la Corte* (1930-1990), Ad Hoc; Jorge Bercholt (2004), *La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad. Respecto a los otros poderes políticos del Estado* (1935-1998), Buenos Aires: Ediar. Para el caso en los E.E.U.U. véase Lawrence Baum, (1985), *The Supreme Court, Congressional Quarterly Press*, Washington, 1985.

³⁴ Prieto Sanchez, Luis, (2002), *Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico*, Material de posgrado en Justicia Constitucional, Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo; Mimeo, p. 29.

Aún así, la ubicación de los magistrados por la variable filiación ideológica puede prestarse a polémica, ya que implica un grado importante de subjetividad en su apreciación.

El primer escollo es la propia definición sobre qué se considera progresista y qué conservador. Si ese escollo es salvado satisfactoriamente, también puede ocurrir que un magistrado tenga posiciones progresistas en algunos temas y conservadoras en otros. A fin de evitar, en la mayor medida posible, tales cuestiones, se los ha catalogado evitando apreciaciones subjetivas del investigador, y considerando los siguientes rubros: i) el sector o partido político que impulsó sus nombramientos; ii) información recibida sobre cada magistrado, en sitios de Internet o en periódicos y publicaciones referidas a ellos, que ofrecieran datos o indicios de su posición ideológica; iii) la performance de los magistrados en orden a responder o alinearse a las líneas políticas de los principales partidos existentes en el sistema político español; iv) a dicho fin se ha considerado progresista al PSOE, conservador al PP, de centro a UCD. Sin perjuicio de que considero suficiente a la metodología prevista para una aproximación veraz a la filiación ideológica de los magistrados, tal aspecto puede profundizarse chequeando votos de los mismos en casos testigos sobre cuestiones paradigmáticas. De ese análisis se observa que los alineamientos partidarios, considerando las variables propuestas, ofrecen indicadores consistentes sobre la filiación ideológica de los magistrados.

El 50% de los magistrados han sido clasificados como progresistas, 25 sobre un total de 50. Del resto 13 han sido conservadores, el 26%, 9 de centro, el 18% y 3 no han sido identificados ideológicamente, se trata de Díez de Velasco, Latorre Segura y Truyol Serra (cuadro n° 2).

Hay evidencia, cruzando variables, de algunas correlaciones consistentes. Los magistrados progresistas son mayormente académicos y expertos en derecho constitucional y político.

Los magistrados conservadores son mayormente jueces de carrera y provenientes del fuero contencioso administrativo o expertos en derecho administrativo. Los magistrados de centro presentan datos más equilibrados, aunque puede sostenerse un sesgo hacía una mayor expertise en derecho administrativo (cuadro n° 2).

El TC muestra en esta variable una conformación sinuosa. En sus primeros años estuvo conformado mayoritariamente por magistrados de centro y otros sin definición detectada, esta franja ocupó entre un 56% y un 50% del TC. Al inicio hubo también una buena porción de magistrados del sector conservador (formaciones del TC entre 1980 y 1989). Pautinamente fue aumentando, en la década del '90, el sector de magistrados progresistas, conviviendo con un sector minoritario conservador y debilitándose el sector de centro más alejado de los “extremos” del sistema político español. Ya en la década del 2000, el TC se polariza

entre un sector progresista mayoritario y un sector conservador minoritario pero consistente y más concentrado en detrimento del centro. Ello se ha visto claramente reflejado en la jurisprudencia, en los alineamientos de votos, y en los debates y conflictos que, en especial en la década del 2000, se suscitaron en el TC en torno a temas altamente paradigmáticos y conflictivos en términos ideológicos.³⁵

A partir de 2011, muestra una conformación mayoritariamente progresista y una sólida minoría conservadora, manteniendo una conformación polarizada aunque menos confrontativa que en la formación anterior.

Se advierte alguna correlación en la primera década del TC con la importante cantidad de jueces de centro y/o sin identificación ideológica, con la perspectiva de los gobiernos militares en la Argentina que se preocuparon por nombrar en la Corte jueces de carrera pretendidamente apolíticos o sin actuación política, en la pretensión por "despolitizar la justicia". También este análisis se puede correlacionar con otros indicadores, por caso, que los magistrados conservadores son mayormente jueces de carrera y provenientes del fuero contencioso administrativo o expertos en derecho administrativo. Y que los académicos tienen una especialización más enfocada en el campo político-constitucional. Estos datos y correlación de variables corroboran que, los sectores más conservadores, tienen un ideal de servicio de justicia supuestamente más técnico, jurista, legalista y de protección de derechos subjetivos e individuales en persecución de una aplicación deontológica de los principios legales. En cambio, el campo político progresista niega la politicidad del conflicto constitucional y su control, más aún, se interpela a la administración de justicia desde una perspectiva más politizada y estatalista que tiene en principal consideración, la previsibilidad y anticipación de las consecuencias prácticas de las decisiones.

*El juez constitucional debe ser consciente que sus decisiones no son sólo jurídicas sino también políticas, no pudiendo sustraerse de las consecuencias de sus fallos, debiendo incorporar tales consecuencias a su razonamiento jurídico.*³⁶

Se trata de una idea consecuencialista que se preocupa por los efectos prácticos que las decisiones judiciales provocan en el mundo real. Parafraseando a Max Weber, se trataría de un conflicto entre una ética de la convicción legal y constitucional y una ética de la responsabilidad política y social. O, dicho de un modo más jurista, entre el principio de legalidad, del que resulta custodio el TC, y el principio de previsibilidad, por el cual los jueces deben prever las consecuencias de sus decisiones en resguardo de intereses superiores a los meramente

³⁵ En particular me refiero a los casos de los estatutos catalán y valenciano, la ley contra la violencia de género, la de matrimonios entre homosexuales y la ley sobre aborto.

³⁶ Nogueira Alcalá, Humberto. (2004). "La independencia y responsabilidad del juez constitucional en el derecho constitucional comparado". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, No. 1, p. 89.

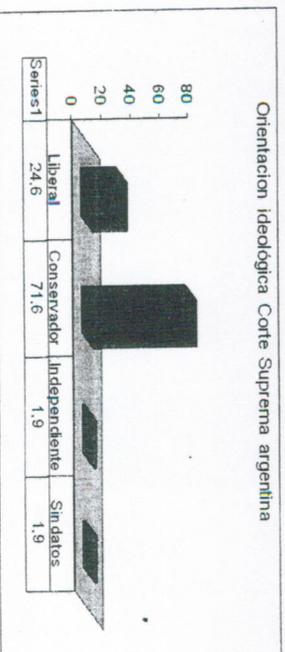
técnico-jurídicos que, incluso, pueden llegar a requerir flexibilidad en el ejercicio del control de constitucionalidad a fin de no generar resultados aún peores que aquellos que se querían evitar.³⁷

DATOS COMPARADOS SOBRE CLIVAJES CONEXOS. ORIENTACIÓN IDEOLÓGICA Y ESTRATIFICACIÓN SOCIAL DE LOS JUECES DE LA CORTE SUPREMA ARGENTINA. DATOS DE OTROS TRIBUNALES

Los datos comparados que se vierten en este apartado, permiten chequear la performance del TC y su proceso de conformación y designación de magistrados en relación a la filiación ideológica y a su origen y estratificación social.

Según una investigación sobre la Corte argentina de Kunz *la elección de las categorías "conservador", "liberal" e "independiente" responde, en gran medida, a consideraciones sobre la estratificación y la movilidad sociales, que han mostrado que los miembros de los niveles superiores se inclinan hacia posiciones conservadoras, aceptando y defendiendo valores de tipo tradicional.*³⁸

La otra opción, liberal, "estaría caracterizada por la aceptación positiva de nuevos valores, mostrando un interés creciente por el "aquí y ahora".³⁹



Fuente: Kunz Ana. (2000). "Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1930-1983)". En: *Estudios de Sociología y Metodología*. Buenos Aires: Estudio. Aires: Estudio.

³⁷ Cfr. Sagüés, Nestor. (1986). *El Derecho*. T^o 118. Buenos Aires, p. 909.

³⁸ Kunz, Ana. (2000). "Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1930-1983)". En: *Estudios de Sociología y Metodología*. Buenos Aires: Estudio. Buenos Aires: pp. 42 y 43. Con cita de Karl Mannheim. *Ideología y Utopía*. Aguilar. Madrid. 1973.

³⁹ Kunz Ana. *Idem* pp. 42 y 43.

En el estudio citado de Kunz, se ha determinado para el período 1930-1983 un componente ideológico de los ministros de la Corte argentina marcadamente conservador.

En la investigación se aclara que se considera en términos muy generales la ideología particular de cada juez sin avanzar sobre la ideología de cada Corte como un conjunto, lo que podría llegar a definirse a partir del análisis de los fallos que ha generado cada una de ellas. El trabajo de Kunz abarca el período hasta 1983. Para el período 1983-2012, desde la restauración democrática en la Argentina a partir de diciembre de 1983, aparecen algunos datos que demuestran que la corte ha tenido un giro más liberal y progresista.

Resulta interesante reproducir un párrafo de una entrevista al ex Presidente de la Corte Suprema Petracchi. Preguntado sobre la performance de la Corte durante el gobierno de Alfonsín (1983/89), contesta Petracchi:

yo creo que aquí como en todos los tribunales del mundo, lo que hay son vinculaciones a partir de filosofías de cada uno de los jueces, de unos que son más cercanos que otros y no que esas vinculaciones se dan por los partidos políticos con los que son afines o por las ideologías partidarias... Se dio una alianza entre los más liberales por un lado y los más conservadores por el otro.

Petracchi en otra parte de la entrevista dice:

Hay que reconocer que desde el punto de vista de lo que es el país, la Corte amplificada de los 90 es más representativa (conservadora) de lo que es la totalidad de la población, de nuestra idiosincrasia... ya que la Corte de los años 80 producía fallos que no se conectan con lo que es nuestro pueblo. Estos fallos liberales... (caso "Bazlerria", sobre la droga) y (caso Sejean sobre divorcio) eran menos representativos de lo que era el país, por su contenido revolucionario en comparación con muchos de los fallos de la Corte posterior.⁴⁰

De la semblanza de Petracchi surge que en la Corte designada por Alfonsín, de cinco miembros, que se desempeñó entre diciembre de 1983 y abril de 1990, predominó una ideología "liberal".

Por el contrario, la Corte designada por Menem con nueve miembros, hasta los cambios sobrevinidos en 2003 luego de la crisis, fue de ideología "conservadora".

También en los EEUU los análisis de la doctrina hacen clásicas y recurrentes consideraciones respecto a los jueces de la Corte alineándolos como conservadores o liberales, y coincidiendo con las nominaciones hechas por los presidentes republicanos para los conservadores y por los demócratas para los liberales. Salvo excepciones, que como tales son resaltadas, y solo respecto a algunos cambios en algunos de sus votos, lo que hace que sean denominados como moderados de un lado y de otro.

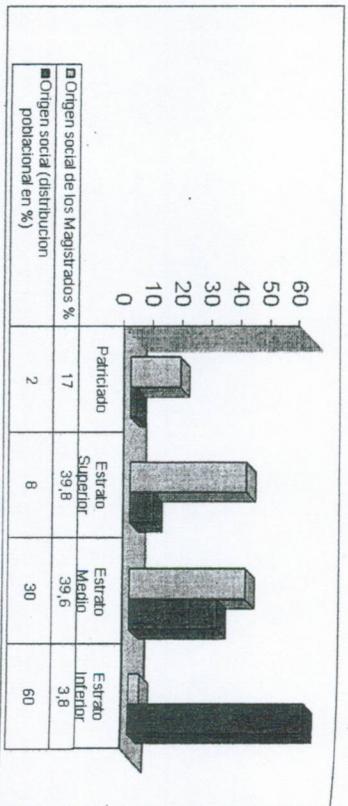
Así en la actualidad conviven en la Corte de EEUU, los Justices conservadores Antonin Scalia y Clarence Thomas (nombrados por Reagan), Anthony M. Kennedy (por Bush padre) y Samuel A. Alito Jr. y el Chief Justice John G. Roberts Jr (nombrados por Bush hijo), con los jueces liberales Stephen G. Breyer y Ruth Bader Ginsburg (nombrados por Clinton) y Sonia Sotomayor y Elena Kagan (nombradas por Obama).

En el mismo estudio Kunz⁴¹ demuestra que la extracción u origen social de los jueces que han integrado la CSJN en el período 1930-1983, resulta fuertemente elitista. Dividiendo la estratificación social posible en cuatro categorías, un 17 % de los Ministros pertenecen a la clase alta (*Particidado según la autora*) y considerando que sólo un 2% del total de la sociedad pertenece a ese estrato, habría un 750 % de sobre-representación del estrato en la CSJN. La segunda categoría clase media alta (denominada *Estrato Superior*) tiene un 39 % de Ministros en la Corte y un 8% sobre el total social lo que implica un 395 % de sobre-representación; la tercera categoría, clase media (*Estrato medio*), presenta porcentajes estabilizados del 39% y 30% respectivamente; la cuarta categoría el clase baja (*Estrato bajo*) tiene un 3,8% de Ministros en la CSJN y un 60% en el total social. Estos datos corroboran que se hallaban sobre-representadas en el más alto Tribunal del Poder Judicial las clases más aventajadas de la sociedad argentina y sub-representada la clase media y baja, mayoritarias en la población. Se advierte que desde 1983 a la fecha, ha cambiado esta relación de origen social en algún grado no desdeñable pero que mantiene aún hoy parte de los desequilibrios observados.

⁴¹ Ana Kunz, ob. Citada pp. 21-24. Tomando una categorización de Juan Carlos Agulla en: *La promesa de la Sociología*. Ed. de Belgrano, 1985. Según Agulla la composición de los niveles de análisis sería el siguiente: el *Particidado* se conforma por familias que han tenido en el pasado histórico participación en la estructura de poder en la época de la colonia, la independencia y la organización nacional; el *Estrato Superior* se conforma por familias de hombres de negocios y profesionales económica y socialmente importantes; el *Estrato Medio* lo forman hombres de negocios de capital mediano, trabajadores calificados y empleados administrativos; el *Estrato Inferior* lo integran trabajadores semi-calificados, empleados poco especializados y obreros.

⁴⁰ Pellet Lastra, Arturo, (2001), *Historia Política de la Corte (1930-1990)*, Buenos Aires: Ad-Hoc, p. 410.

Relación entre el Origen Social de magistrados y sociedad en Argentina. 1930-1983



Según Kunz, este estudio sobre la CSIN argentina refleja una tendencia también observable en los Estados Unidos. Mills en 1956 investigó el origen social de la clase política y concluyó en que el 58 % de los cargos políticos de alta categoría (Presidente y vice de Cámara de Representantes, Presidente de la Corte, miembro de gabinete) pertenecen a la clase alta y media alta, el 38 % a la clase media y media baja, y sólo el 5% a la clase baja.

En Alemania, un estudio del juez Walter Richter de 1959, sobre una base de datos construida con información personal de 856 jueces, permitió determinar que la mayoría proviene de familias de jueces o juristas y que generalmente tienden a desempeñar su trabajo en las jurisdicciones en las que han nacido y a contraer matrimonio con personas de su misma condición social. Además, el 60% pertenece al estrato superior (profesionales libres, altos funcionarios del Estado, empresarios) y el 35 % al estrato inferior (empleados, artesanos, pequeños comerciantes). También se observó que los jueces pertenecientes al estrato superior avanzan con mayor rapidez en la carrera que los del grado inferior.⁴²

En España, otro investigador, observó que más de la mitad de los jueces provienen de un ambiente constituido por personas que ejercen las profesiones legales o que forman parte del aparato burocrático. Casi ninguno proviene de la clase obrera o del mundo campesino.⁴³

⁴² Walter Richter: "Die Richter der Oberlandesgerichte der Bundesrepublik. Eine berufssozialstatistische Analyse". En: Hamburger Jahrbuch für (1960). *Wirtschafts und Gesellschaftspolitik*, pp. 241-259. Citado por Renato Treves (1978), *Sociología del Derecho*. Taurus, pp. 179-180.

⁴³ Toharía, José Juan. (1975). *El juez español. Un análisis sociológico*. Capítulo III. Madrid.

Todas estas evidencias resultan relevantes pues: *el magistrado constitucional, como hombre con experiencias propias, conciencia individual, relaciones sociales, comovisión del mundo y de los hechos, tiene una historia personal determinada que está presente inevitablemente en su pensamiento, reflexión, investigación y elaboración constitucional de sus sentencias o votos singulares.*⁴⁴

Abreviaturas

- CE: Constitución española
- CGPJ: Consejo General del Poder Judicial
- CSIN: Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina)
- LOT: Ley orgánica del Tribunal Constitucional
- PP: Partido Popular
- PSOE: Partido Socialista Obrero Español
- TC: Tribunal Constitucional y Tribunal Constitucional de España

⁴⁴ Landa, César (2002). *La elección del juez constitucional*. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, N.º 6, p. 262.