LA DESIGNACIÓN DE LOS MAGISTRADOS CONSTITUCIONALES COMO GARANTÍA DE SU LEGITIMIDAD - UNA COMPARACIÓN ENTRE EL DERECHO ESPAÑOL Y EL DERECHO ALEMÁN

Simón Osladil
Estudiante de Derecho de la Universidad de Passau

SUMARIO

Bibliografía

I. Introducción

II. Los requisitos y las condiciones jurídico-positivas para ser Magistrado

1. Reino de España
a) Ciudadanía española
b) Cualidad profesional y reconocida competencia
c) Duración del ejercicio profesional
d) Exclusión de reelección
e) Incompatibilidades

2. República Federal de Alemania
a) Ser elegible como diputado en el Bundestag
b) Requisitos profesionales
aa) Tener la capacidad para ser juez o ser jurista diplomado (Diplomjurist)
bb) Número mínimo de jueces federales
c) Edad
d) Exclusión de reelección
e) Incompatibilidades
f) Declaración de estar dispuesto a aceptar la función de magistrado

3. Similitudes y diferencias
a) Ciudadanía y pleno ejercicio de los derechos políticos y civiles
b) Requisitos profesionales
c) Edad o duración de ejercicio profesional mínimo anterior
d) Exclusión de reelección
e) Incompatibilidades

4. Perspectivas

III. La designación de los Magistrados

1. Reino de España
a) El procedimiento de elección
aa) El procedimiento de elección en el Congreso de Diputados
bb) El procedimiento de elección en el Senado
cc) El procedimiento de elección en el Gobierno
dd) El procedimiento de elección en el CGPJ
b) El nombramiento
c) Continuación en el cargo

2. República Federal de Alemania
a) El procedimiento de elección
aa) El procedimiento de elección ordinario en el Bundestag
bb) El procedimiento de elección ordinario en el Bundesrat
cc) El procedimiento extraordinario en caso de retraso
b) El nombramiento
c) Continuación en el cargo

3. Similitudes y diferencias
a) Los órganos involucrados
b) El procedimiento de elección en las Cámaras
aa) El procedimiento de elección en la Cámara Baja
bb) El procedimiento de elección en la Cámara Alta
cc) Las mayorías exigidas
dd) El procedimiento extraordinario en caso de retraso
c) El nombramiento
d) Continuación en el cargo

4. Perspectivas

IV. Conclusión

Bibliografía

- BILLING, WERNER, *Das Problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht*, Duncker & Humboldt, Mainz, 1969

- DENNINGER, ERHARD / HOFFMANN-RIEM, WOLFGANG / STEIN, EKKEHART, *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 3ª edición, Hermann Luchterhand Verlag, München, 2001. Cit. AUTOR, Kommentar zum…

- DOLZER, RUDOLF / KAHL, WOLFGANG / WALDHOFF, CHRISTIAN / GRAßHOF, KARIN, *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, 2ª edición, C.F. Müller, Heidelberg, 1968. Cit. AUTOR, Bonner Kommentar…

- ENGLER, HELMUT, "*Die Richter des Bundesverfassungsgerichts*", en Deutsche Richterzeitung, Carl Heymanns, Köln, 1961.

- ESPÍN TEMPLADO, EDUARDO, *Comentarios a la LOTC*, BOE, Madrid, 2001.

- ESTRADA MARÚN, JOSÉ ANTONIO, *El irresuelto problema del retraso en la designación de magistrados constitucionales. Un apunte a la LO 8/2010, de 4 noviembre, de reforma de la LOTC*", en Revista Aranzadi Doctrinal n° 4/2011, Editorial Aranzadi, S.A.

- FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, "*El TC Español: Una perspectiva orgánica*", en La Justicia Constitucional: Una visión de Derecho Comparado, Tomo III, Ed. Dykinson, Madrid, 2009. *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo XII, Cortes Generales editoriales de derecho reunidas, Madrid, 1999.

- GARCÍA ROCA, FRANCISCO JAVIER, "*La Selección de los Magistrados constitucionales, su estatuto y la necesaria regeneración de las instituciones*" en Revista General de Derecho Constitucional, n° 15, 2012.

- GECK, WILHELM KARL, *Wahl und Amtsrecht der Bundesverfassungsrichter*, Nomos, Baden-Baden, 1986. "*Nombramiento y status de los Magistrados del Tribunal Constitucional Federal de Alemania*", en Revista Española de Derecho Constitucional, año 8, núm. 22, 1988.

- GEIGER, WILLI, *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, Vahlen, Berlin / Frankfurt a. M., 1952.

- GONZÁLEZ RIVAS, JUAN JOSÉ, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, 1ª edición, La Ley, 2010.

- HÄUßLER, RICHARD, *Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung*, Duncker & Humblot, Mainz, 1994.

- JARASS, HANS / PIEROTH, BODO, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: GG*, C.H. Beck, Münster, 2012.

- KISCHEL, UWE, *Handbuch des Staatsrechts*, Tomo III, 3ª edición, C.F. Müller, Heidelberg, 2005.

- KLEIN, ECKART / BENDA, ERNST, *Verfassungsprozeßrecht*, 2ª edición, C.F. Müller, 2001.

- KLOEPFER, MICHAEL,*Verfassungsrecht I*, C.H. Beck, München, 2011

- KRANENPOHL, UWE, *Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses, Verlag für Sozialwissenschaften*, Wiesbaden, 2010

- MAHRENHOLZ, ERNST GOTTFRIED, "*Zur Funktionsfähigkeit des BVerfG*", en Zeitschrift für Rechtspolitik, 1997

- KRÖGER, KLAUS, *Festgabe 25 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tomo I, 1976.

- LANDFRIED, CHRISTINE, *Sollen Bundesverfassungsrichter vom Plenum gewählt werden?",* en Zeitschrift für Rechtspolitik, 2012.

- LECHNER, HANS / ZUCK, RÜDIGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 6ª edición, C.H. Beck, München, 2011.

- LEIBHOLZ, GERHARD / RUPPRECHT, REINHARD, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln-Marienburg, 1968.

- LIMBACH, JUTTA, *Das Bundesverfassungsgericht*, C.H. Beck, 2001.

- MAUNZ, THEODOR / SCHMIDT-BLEIBTREU, BRUNO / KLEIN, FRANZ / BETHGE, HERBERT, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 39ª edición, C.H. Beck, München, 2013. Cit. AUTOR, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz...*

- MAUNZ, THEODOR / DÜRIG, GÜNTER / HERZOG, ROMAN, *Grundgesetz Kommentar*, 13ª edición, C.H. Beck, München, 2013.

- OPPERMANN, THOMAS, *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tomo I, C.H. Beck, München, 2001.

- PESTALOZZA, CHRISTIAN, *Verfassungsprozessrecht. Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder*., 3ª edición, C.H. Beck, München, 1991.

- PIEPER, STEFAN ULRICH, *Verfassungsrichterwahlen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998.

- SACHS, MICHAEL, *Verfassungsprozessrecht*, 3ª edición, Mohr Siebeck, 2010.

- SACHS, MICHAEL / STURM, GERD, *Grundgesetz: GG*, 6ª edición, C.H. Beck, Köln, 2011.

- SCHMIDT-BLEIBTREU, BRUNO / HOFMANN, HANS / HOPFAUF, AXEL, *Kommentar zum Grundgesetz*, 12ª edición, C.H. Beck, München, 2011. Cit. AUTOR Kommentar zum...

- SCHLAICH, KLAUS / KORIOTH, STEFAN, *Das Bundesverfassungsgericht*, 9ª edición, C.H. Beck, München, 2012.

- SIEDLER, NINA-LUISA, *Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 1999.

- STADLER, MAX, *Die richterliche Neutralität in den Verfahren nach dem Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Regensburg, 1977.

- STURM, GERD, *Die Inkompatibilität im geltenden deutschen Staatsrecht*, München, 1966.

- TROSSMANN, HANS, *Parlamentsrecht und Praxis des Deutschen Bundestages*, W. Stollfuß Verlag, Bonn, 1967.

- UMBACH, DIETER / CLEMENS, THOMAS / DOLLINGER, FRANZ-WILHELM, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, 2ª edición, C.F. Müller, Heidelberg, 2005. Cit. AUTOR Bundesverfassungsgerichtsgesetz...

- VON MANGOLDT, HERMANN / KLEIN, FRIEDRICH / STARCK, CHRISTIAN, Kommentar zum Grundgesetz, 6ª edición, Vahlen, 2010

- WIEFELSPÜTZ, DIETER, *"Die Bundesverfassungsrichter werden vom Deutschen Bundestag direkt gewählt!",* en Die Öffentliche Verwaltung, n° 24, 2012.

I. Introducción

La Justicia Constitucional en el Reino de España y en la República Federal de Alemania está representada por una institución que ostenta una posición particular en la separación de poderes: el Tribunal Constitucional. La importancia y el alcance político de sus sentencias conllevan necesariamente la precisión de una amplia legitimidad democrática, basada en la voluntad del pueblo.

Por lo tanto, el presente trabajo, que se limita a los ordenamientos jurídicos del Reino de España y de la República Federal de Alemania, tendrá por objeto el análisis de un aspecto particular en el proceso de legitimación del Tribunal Constitucional: La designación de sus Magistrados. Intrínsecamente vinculado con el proceso de designación de los Magistrados constitucionales es el régimen de requisitos que restringe el acceso a la Magistratura constitucional a un grupo de personas especialmente cualificadas para el desempeño de ese cargo.

Para la obtención de algunas conclusiones sobre la legitimidad de los Magistrados constitucionales, que es imprescindible para la legitimidad del mismo Tribunal Constitucional, se procederá, en un primer paso, al examen de las normas jurídicas con respecto a los requisitos y los procedimientos de designación en Alemania y España. A continuación, se comparará las regulaciones jurídicas de ambos países para, siguientemente, poder hacer referencia a posibles perspectivas y una serie de propuestas para mejorar el sistema de selección y designación de los Magistrados de los correspondientes Tribunales Constitucionales.

II. Los requisitos y las condiciones jurídico-positivas para ser Magistrado

Antes de proceder a la designación y el nombramiento de los Magistrados, éstos han de cumplir determinados requisitos formales para posibilitar su elegibilidad como miembros del Tribunal Constitucional. A continuación se examinará, por tanto, en un primer paso un análisis de las normas que, en el Reino de España y en la República Federal de Alemania, establecen dichos requisitos, para consiguientemente, en un segundo paso, compararlos y finalmente mostrar perspectivas para el futuro de los respectivos ordenamientos jurídicos.

1. Reino de España

a) Ciudadanía española

La Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC) determina en su art. 18 como primer requisito que los miembros del Tribunal Constitucional "*deberán ser nombrados entre ciudadanos españoles*". Aunque el concepto de ser "*ciudadano español*" no viene definido ni en la Constitución española ni en ninguna ley, la doctrina estima que, para cumplir con la premisa de la norma anteriormente mencionada, se requiere, "*en sentido positivo, ostentar la nacionalidad española (arts. 17 a 26 CC), y, en sentido negativo, no hallarse privado o limitado en el ejercicio de los derechos civiles*".[1]

b) Cualidad profesional y reconocida competencia

Además, los miembros del Tribunal Constitucional deberán ser nombrados entre Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y Abogados, y ello no se establece originariamente en la LOTC, concretamente por su art. 18, sino que responde al mandato constitucional del art. 159.2 de la Constitución Española de 1978 (CE). Entre los Magistrados se cuentan Jueces, Magistrados y Magistrados del Tribunal Supremo.[2] A efectos de la LOTC se considerarán Fiscales los Abogados fiscales, los Fiscales y los Fiscales de Sala, mientras que los Profesores de Universidad tendrán la consideración de Catedráticos y Profesores Titulares.[3] Los funcionarios públicos serán exclusivamente los de carrera y los abogados serán aquellos licenciados en Derecho que, incorporados a un colegio en calidad de ejercientes, se dediquen a la defensa y promoción de los intereses jurídicos de otros.[4] Todos ellos han de ser necesariamente, tal y como viene exigido por la CE y la LOTC, juristas.

Mientras que los requisitos antes mencionados se consideran objetivos, la condición establecida en art. 159.2 CE y art. 18 LOTC de ser jurista de reconocida competencia es un requisito subjetivo, un concepto jurídico indeterminado, difícilmente definible. Mientras una parte de la dogmática jurídica entiende que se exige únicamente una trayectoria profesional impecable, cumpliendo unos requisitos mínimos aceptables de capacidad y competencia,[5] otro sector doctrinal lo interpreta

1 GONZÁLEZ RIVAS, J., *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, La Ley, 2010, pág. 243.

2 *Ídem.*

3 *Ibíd*., págs. 244-245.

4 *Ibíd*., págs. 246-247.

5 I*bíd*., pág. 250.

como un instrumento para "*la búsqueda de la idoneidad del cargo, huyendo de los mínimos*" y, más allá, "*buscando entre los candidatos a los mejores*".[6]

c) Duración del ejercicio profesional

Otro requisito más para ser elegido como Magistrado del Tribunal Constitucional es, en virtud del art. 159.2 CE, el ejercicio profesional durante más de quince años o, como concreta la LOTC en su art. 18, en activo en la respectiva función. El cómputo comienza con el ingreso en los cuerpos descritos bajo el párrafo b) anterior, con lo que el requisito se cumple cuando se hubiese llegado a 15 años de ejercicio profesional en alguna de las profesiones habilitantes (sin necesidad de haber sido prestados siempre en la misma profesión), con independencia de su carácter continuado o no.[7]

d) Exclusión de reelección

El acceso a la Magistratura del Tribunal Constitucional queda, con arreglo al art. 16.4 LOTC, limitado a aquellas personas que no hayan ocupado ya ese cargo inmediatamente antes o que no lo hayan desempeñado por un plazo superior a tres años.

e) Incompatibilidades

La última condición que, no obstante, no excluye su elección como Magistrado del Tribunal Constitucional por los órganos electorales, pero sí su designación, es no haber incurrido en ninguna de las incompatibilidades que se establecen en art. 159.4 CE y, adicionalmente y de manera diferente, en el art. 19.1 LOTC.

Así, la LOTC comienza en su art. 19.1.1.° con la estipulación de una incompatibilidad no mencionada en la Constitución Española: el Defensor del Pueblo. A continuación, es pertinente destacar que la Constitución establece que la condición de Magistrado del Tribunal Constitucional es incompatible con todo mandato representativo (art. 159.4 CE), mientras que la LOTC reduce la limitación a los cargos de Diputado y Senador (art. 19.1.2.° LOTC), lo que se justifica por el hecho de que el ejercicio de otros cargos representativos ya está incluido en la incompatibilidad con los cargos políticos o administrativos del Estado, las Comunidades Autónomas, las provincias u otras Entidades locales del art. 19.1.3.° LOTC. Adicionalmente se

6 ESPÍN TEMPLADO, E., *Comentarios a la LOTC*, BOE, Madrid, 2001, págs. 313 y 314.

7 GONZÁLEZ RIVAS, J., *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, *op. cit*., pág. 248.

prohíben "*las funciones directivas de partido político, sindicato y empleo al servicio de los mismos*" (art. 159.4 CE) y, más allá de lo que establece la normativa constitucional, también en "asociaciones, fundaciones, y colegios profesionales, y con toda clase de empleo al servicio de los mismos" (art. 19.1.6.° LOTC). Lo que en art. 159.4 CE se estipula como la incompatibilidad con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal, en la LOTC se confirma al declarar incompatible la condición de miembro del Tribunal Constitucional con el ejercicio de cualquier jurisdicción o actividad propia de la carrera judicial o fiscal (art. 19.1.4.° LOTC), con empleos de todas clases en los Tribunales y Juzgados de cualquier orden jurisdiccional (art. 19.1.5.° LOTC) y al tener las incompatibilidades propias de los miembros del Poder Judicial (art. 19.1 LOTC). Por último, se determina la incompatibilidad con el desempeño de actividades profesionales o mercantiles (art. 19.1.7.° LOTC), refiriéndose con ello especialmente a la prestación de servicios, por cuenta ajena o propia, de forma individual o de forma societaria.[8]

Además de la regulación en la LOTC, en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, se fija la incompatibilidad de dos cargos públicos. En concreto, el art. 1.3 establece la incompatibilidad del "*ejercicio de cualquier cargo, profesión o actividad, público o privado, que pueda impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su imparcialidad o independencia*".

La concurrencia de una causa de incompatibilidad no impide proponerle un candidato elegido al Rey según los arts. 159.1 CE y 16.1 LOTC, pero sí impide el nombramiento de Magistrado del Tribunal Constitucional. En estos casos, se le concede al candidato propuesto un plazo de diez días tras la propuesta para cesar en la actividad o el cargo incompatible, ya que si no lo hiciere, se entiende, según art. 19.2 LOTC, la renuncia del cargo de Magistrado del Tribunal Constitucional.

2. República Federal de Alemania

a) Ser elegible como diputado en el *Bundestag*

El § 3 I de la Ley del Tribunal Constitucional Federal (*BVerfGG*) fija como condición para ser Magistrado tener el derecho de sufragio pasivo en las elecciones federales, cuya regulación aparece en los arts. 38 II de la Ley Fundamental

8 *Ibíd*., pág. 256.

de la República Federal de Alemania (*GG*) y § 15 de la Ley Electoral Federal (*BWG*). Así pues, es elegible quien, en el día de las elecciones federales, sea alemán a los efectos del art. 116 I *GG* y quien haya cumplido los 18 años de edad. No obstante, la última condición no tiene trascendencia, ya que el mismo § 3 I *BVerfGG* exige una edad mínima de 40 años como requisito para ser Magistrado.[9] No es elegible como diputado en el *Bundestag*, aunque cumpla los requisitos susodichos, quien esté excluido del derecho de sufragio activo (§ 13 *BWG*) o quien, como consecuencia de una resolución judicial, no tenga el derecho de sufragio pasivo o la habilitación de desempeñar cargos públicos (§ 15 II *BWG*).

b) Requisitos profesionales

Los requisitos profesionales son los que consisten en la exigencia de una formación jurídica determinada a cualquier persona que quiera ser Magistrado del Tribunal Constitucional Federal.

aa) Tener la capacidad para ser juez o ser jurista diplomado *(Diplomjurist)*

El § 3 II *BVerfGG* establece que, en general, el desempeño del cargo de Magistrado del Tribunal Constitucional Federal supone la capacidad requerida para el ejercicio de la judicatura, de acuerdo con la Ley Alemana de la Magistratura (*DRiG*).

El mismo § 3 II *BVerfGG* permite, como excepción de la exigencia de la capacidad para ser juez, que el requisito formal se cumpla al haber obtenido el título de *Diplomjurist* (jurista diplomado) hasta el día 3 de octubre de 1990 en los nuevos estados federales, ya que estas personas realizaron su formación académica en la República Democrática Alemana, donde no pudieron obtener la capacidad requerida para el ejercicio de la judicatura, de acuerdo con la *DRiG.*[10]

bb) Número mínimo de jueces federales

En virtud de lo establecido en § 94 I *GG*, el Tribunal Constitucional Federal se compone de magistrados federales y de otros miembros. El § 2 III *BVerfGG* especifica el precepto constitucional al fijar que tres Magistrados de cada Sala, es decir, seis de los dieciséis Magistrados del Tribunal Constitucional Federal, han

9 HEINRICHSMEIER, P., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, C.F. Müller, Heidelberg, 2005, § 3, apartado 3.

10 HÖRNIG, D., *Bundesverfassungsgerichtsgetz*, C.H. Beck, München, 2013, § 3, apartado 11.

de ser jueces federales. Como tales cuentan aquellos provenientes de los Tribunales Federales que figuran en el art. 95 I *GG*: El Tribunal Federal de Justicia, el Tribunal Federal Contencioso-administrativa, el Tribunal Federal de Hacienda, el Tribunal Federal de Trabajo y el Tribunal Federal Social.[11] Sin embargo, se trata de un número mínimo, lo que implica que no han de ser necesariamente tres jueces federales en cada Sala, sino que, desde luego, pueden ser más.[12] Otra exigencia del § 2 III *BVerfGG* es la duración del cargo de los jueces federales: éstos tienen que haber ejercido al menos tres años en un Tribunal Federal.

c) Edad

La edad es uno de los requisitos personales que deberá cumplir una persona para poder ser Magistrado del Tribunal Constitucional Federal. El § 3 I *BVerfGG* establece como edad mínima el cumplimiento de 40 años.[13] Si bien es cierto que no se preceptúa explícitamente una edad máxima para poder ser elegido como Magistrado, es de suponer que ha de tener menos de 68 años, ya que esta es la edad a la que, según el § 4 III *BVerfGG*, un Magistrado es cesado forzadamente en su cargo.

d) Exclusión de reelección

En conformidad con el § 4 II *BVerfGG* se excluye la reelección de los Magistrados del Tribunal Constitucional Federal, esto es, no pueden ocupar su cargo de nuevo ni inmediatamente tras la finalización de su magistratura,[14] ni en cualquier momento posterior.[15] De ahí que nadie que anteriormente ya haya desempeñado el cargo del Magistrado del Tribunal Constitucional Federal pueda ser nombrado como Magistrado.

e) Incompatibilidades

La condición de Magistrado del Tribunal Constitucional Federal es incompati-

11 PIEPER, S., *Verfassungsrichterwahlen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, pág. 24; HEINRICHSMEIER, P., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.,* § 2, apartado 18; LECHNER, H. / ZUCK, R., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, C.H. Beck, München, 2011, § 2, apartado 8.

12 STERN, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Tomo II, C.H. Beck, Köln, 1980, pág. 364; HOPFAUF, A., *Kommentar zum Grundgesetz*, C.H. Beck, München, 2011, Art. 94, apartado 6.

13 PIEPER, S., *Verfassungsrichterwahlen*, *op. cit.*, pág. 24; HEINRICHSMEIER, P., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.,* § 3, apartado 2; KLOEPFER, M., *Verfassungsrecht I*, C.H. Beck, München, 2011, § 19, apartado 39.

14 KRÖGER, K., *Festgabe 25 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tomo I, 1976, pág. 76.

15 BVerfGE 40, 356 (362).

ble, a nivel federal, con la calidad de miembro del *Bundestag*, del *Bundesrat* o del Gobierno Federal y, más allá de esto, no pueden pertenecer tampoco a los órganos equivalentes a nivel de los *Länder*, esto es, tener la calidad de miembro de un parlamento o gobierno de un *Land* (art. 94 I *GG* y § 3 III *BVerfGG*).[16] Sin embargo, la calidad de miembro de uno de los órganos representativos mencionados arriba cesa automáticamente, en virtud del § 3 III *BVerfGG*, con el nombramiento como Magistrado del Tribunal Constitucional Federal, por lo que no se imposibilita su elegibilidad de ningún modo.[17]

Aunque no esté explícitamente regulado, existe también una incompatibilidad con el cargo del Presidente Federal, según art. 55 II *GG*, y con el del Delegado del *Bundestag* para las Fuerzas Armadas, en virtud del § 14 III de la Ley sobre el Delegado del *Bundestag* para las Fuerzas Armadas (*WBauftrG*), que no podrán ejercer ningún otro cargo público remuneratorio.[18] La designación como Magistrado del Tribunal Constitucional causa, además, como se establece en los § 101 I *BVerfGG* y § 70 *DRiG*, baja en la función de funcionario y juez. Sin embargo, el cargo de juez federal, como el de notario, no puede ser cesado, por lo que se suspenden sus derechos y obligaciones durante su Magistratura (§ 70 *DRiG*, § 104 II y § 101 I *BVerfGG*). Lo dicho hasta ahora significa, a su vez, que la pertenencia a la Asamblea Federal o la afiliación a un partido político no se contrapone con la calidad de la condición de miembro del Tribunal Constitucional Federal,[19] como tampoco lo hace el ejercicio de actividades a título honorífico en órganos de representación profesional, comunal o eclesiástica.[20]

Además de las incompatibilidades políticas, existen las no políticas,[21] establecidas en el § 3 IV *BVerfGG*, en cuya virtud cualquier actividad profesional es incompatible con la condición de miembro del Tribunal Constitucional Federal. Una actividad es profesional, en virtud del art. 12 I *GG*,[22] cuando sea de carácter indefinido

16 STURM, G., *Die Inkompatibilität im geltenden deutschen Staatsrecht*, München, 1966, pág. 78

17 *Ibíd.,* pág. 78; STADLER, M.*, Die richterliche Neutralität in den Verfahren nach dem Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Regensburg, 1977, pág. 16.

18 HEINRICHSMEIER, P., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, § 3, apartado 17; SACHS, M., *Verfassungsprozessrecht*, Mohr Siebeck, 2010, apartado 51.

19 *Ibíd.*, § 3, apartado 16; STADLER, M.*, Die richterliche Neutralität in den Verfahren nach dem Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Regensburg, 1977, pág. 19.

20 STADLER, M.*, Die richterliche Neutralität in den Verfahren nach dem Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, pág. 16; HEINRICHSMEIER, P., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, § 3, apartado 16.

21 STURM, G., *Die Inkompatibilität im geltenden deutschen Staatsrecht*, *op. cit.*, pág. 79.

22 BVerfGE 102, 197 (212); 111, 10 (28), 119, 59 (78); 126, 112 (136).

con ánimo de lucro y cuando sirva a la creación y el mantenimiento de medios de subsistencia.[23] Una excepción expresamente establecida en el § 3 IV *BVerfGG* es el ejercicio de las actividades de un profesor de derecho en una universidad alemana, siempre que las tareas judiciales de los Magistrados no puedan sufrir perjuicio por las tareas de docencia. Además, se permite, sin necesidad de admisión, actividades secundarias como una dedicación a escritor, docente o científica, conferencias en la radio o televisión, siempre que cedan el paso a la actividad principal.[24]

A diferencia de las incompatibilidades políticas, el ejercicio de cualquier actividad profesional no cesa automáticamente con el nombramiento como Magistrado del Tribunal Constitucional Federal, sino que el Magistrado asume la obligación de no ejercer actividades profesionales incompatibles durante su magistratura.[25]

f) Declaración de estar dispuesto a aceptar la función de magistrado

Es necesario que cualquier persona que quiera ser Magistrado del Tribunal Constitucional Federal declare por escrito su disposición para desempeñar este cargo (§ 3 I *BVerfGG*). La declaración se deberá entregar al Ministerio Federal de Justicia, asegurando así que se incluya exclusivamente a candidatos comprometidos con en el procedimiento de selección.[26] Aunque la retirada de la declaración es posible en cualquier momento,[27] lo que resulta del régimen del § 12 *BVerfGG*, según el cual un Magistrado podrá solicitar su destitución en todo momento tras su nombramiento,[28] la declaración no se podrá hacer bajo condición, ni a plazo o con reservas.[29]

23 HEINRICHSMEIER, P., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, § 3, apartado 19; LECHNER, H. / ZUCK, R., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, § 3, apartado 12.

24 STERN, K., *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, C.F. Müller, Heidelberg, 1968, Art. 94, apartado 92; LEIBHOLZ, G. / RUPPRECHT, R., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln-Marienburg, 1968, § 3, apartado 3.

25 STADLER, M*., Die richterliche Neutralität in den Verfahren nach dem Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, pág. 17; STURM, G., *Die Inkompatibilität im geltenden deutschen Staatsrecht*, *op. cit.*, pág. 79

26 GECK, W., *Wahl und Amtsrecht der Bundesverfassungsrichter*, Nomos, Baden-Baden, 1986, pág. 15; PIEPER, S., *Verfassungsrichterwahlen*, *op. cit.*, pág. 23.

27 GEIGER, W., *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, Vahlen, Berlin / Frankfurt a. M., 1952, § 3, nota 1c; GECK, W., *Wahl und Amtsrecht der Bundesverfassungsrichter*, *op. cit.*, pág. 15; PIEPER, S., *Verfassungsrichterwahlen*, *op. cit.*, pág. 23; KISCHEL, U., *Handbuch des Staatsrechts*, Tomo III, C.F. Müller, Heidelberg, 2005, § 69, apartado 1.

28 LECHNER, H. / ZUCK, R., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, § 3, apartado 5.

29 GEIGER, W., *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, *op. cit.*, § 3, nota 1c; KRÖGER, K., *Festgabe 25 Jahre Bundesverfassungsgericht*, *op. cit.*, pág. 76.

3. Similitudes y diferencias

Antes de proceder al análisis profundo de diferencias entre los dos regímenes jurídicos examinados que regulan los requisitos para el acceso a la Magistratura constitucional, hay que destacar que las similitudes predominan y que las diferencias son, sobre todo, de detalle. Ambos sistemas prevén una serie de requisitos formales, como también condiciones profesionales, un régimen de incompatibilidades y la exclusión de la reelección.

a) Ciudadanía y pleno ejercicio de los derechos políticos y civiles

Como señalado más arriba, ambos países exigen como condición formal e imprescindible la posesión de la respectiva ciudadanía y, además, encontrarse en el pleno ejercicio de los derechos políticos y civiles. La diferencia reside en la forma de la regulación: mientras en Alemania este requisito se establece a través de la exigencia del derecho de ser elegible como diputado en el *Bundestag* (§ 3 I *BVerfGG*), en España se requiere únicamente ser ciudadano español (art. 18 LOTC). Sin embargo, la dogmática jurídica española extiende el requisito, más allá del texto literal de la norma, al pleno ejercicio de los derechos políticos y civiles.[30]

b) Requisitos profesionales

Aunque existe una corriente doctrinal que defiende la inclusión de jueces legos entre los candidatos al Tribunal Constitucional,[31] en los países que son objeto del presente análisis se ha impuesto la opinión de establecer tribunales cuyos miembros sean única y exclusivamente juristas (arts. 18 LOTC y § 3 II *BVerfGG*). Si bien es cierto que en Alemania se exige la capacidad para ser juez, en España se les permite el ejercicio de la Magistratura constitucional también a juristas que no poseen esta capacidad (p. ej. abogados, funcionarios públicos, etc.). Sin embargo, esto se debe principalmente a las diferencias entre los sistemas de formación jurídica de ambos Estados.[32] Además, la enumeración en la LOTC de profesiones que legitiman el acceso a la Magistratura constitucional debe servir, ante todo, para aclarar e ilustrar a qué profesiones se refiere la exigencia de una duración de ejercicio profesional mínimo, requisito que, como se ha podido ver, no existe en la normativa correspondiente alemana.

30 Véase la nota 1.

31 KORIOTH, S., *Das Bundesverfassungsgericht*, C.H. Beck, München, 2012, apartado 41.

32 En Alemania, la aprobación del segundo examen del Estado implica la licencia para el ejercicio de profesiones tipicamente jurídicas, como la judicatura y la abogacía.

En ambos países se han tomado medidas para garantizar la excelencia del Tribunal Constitucional a través de exigencias especiales para los candidatos que quieran formar parte del mismo:[33] Por un lado, en España se exige que se elijan los Magistrados entre aquellos candidatos que sean juristas de reconocida competencia (§ 18 LOTC), tratando de proporcionar así una excelencia completa y amplia entre los miembros del Tribunal Constitucional. En Alemania, por otro lado, se requiere que seis de los dieciséis Magistrados provengan de los máximos Tribunales de la Federación, habiendo ejercido el cargo de juez federal por un mínimo de tres años (§ 2 III *BVerfGG*). Los jueces federales deberán incluir su amplia experiencia, conocimientos y capacidades judiciales en el trabajo que supone su cargo en el Tribunal Constitucional Federal.[34] A diferencia del requisito de la reconocida competencia que, al ser un término jurídico indeterminado, es difícilmente valorable en el proceso de selección de los Magistrados,[35] con la exigencia de una presencia mínima de jueces federales se introduce una medida objetiva y eficaz para garantizar la competencia técnico-jurídica de los Magistrados y, con ello, el buen funcionamiento del Tribunal.

c) Edad o duración de ejercicio profesional mínimo anterior

Para asegurar que los Magistrados dispongan de una madurez y experiencia profesional suficiente para el ejercicio de su cargo,[36] en Alemania se requiere una edad mínima de 40 años (§ 3 I *BVerfGG*), mientras en España se exige un mínimo de 15 años de ejercicio profesional (art. 159.2 CE) o en activo en su respectiva función (art. 18 LOTC). Aunque ambos conceptos tienen el mismo objetivo, se diferencian en su manera de lograrlo que, respectivamente, parece mejorable: considerando que la edad no es solamente un dato biológico, sino una condición de espíritu,[37] la exigencia de una edad mínima introducida en Alemania es un elemento objetivo que podrá garantizar una madurez y experiencia vital mínimas de los miembros del Tribunal Constitucional. No obstante, igual de importante o más aún que la madurez

33 BVerfGE 65, 152, 157.

34 STERN, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, *op. cit.*, pág. 364; LIMBACH, J., *Das Bundesverfassungsgericht*, C.H. Beck, 2001, pág. 23.

35 FERNÁNDEZ SEGADO, F., "*El TC Español: Una perspectiva orgánica*", en La Justicia Constitucional: Una visión de Derecho Comparado, Tomo III, Ed. Dykinson, Madrid, 2009, págs. 615 y 713 a 715.

36 PIEPER, S., *Verfassungsrichterwahlen*, *op. cit.*, pág. 24; HEINRICHSMEIER, P., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, § 3, apartado 2; KLOEPFER, M., *Verfassungsrecht I*, *op. cit.*, § 19, apartado 39; FERNÁNDEZ SEGADO, F., *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo XII, Cortes Generales editoriales de derecho reunidas, Madrid, 1999, pág. 148.

37 *GARCÍA ROCA, F.,* "*La Selección de los Magistrados constitucionales, su estatuto y la necesaria regeneración de las instituciones*" en Revista General de Derecho Constitucional, n° 15, Iustel, 2012, pág. 14.

personal, es un mínimo de tiempo de ejercicio profesional antes de acceder al cargo de Magistrado del Tribunal Constitucional para garantizar un currículo jurídico de excelencia y un amplio conocimiento de casos jurisprudenciales.[38] Ahora bien, teniendo en cuenta que la exigencia de una edad mínima no asegura la presencia de capacidades y conocimientos profesionales relevantes, ni tampoco el requisito de una duración mínima de ejercicio profesional en profesiones conexas asegura la existencia de una madurez suficiente, parece pues recomendable la vinculación de ambos requisitos, esto es, el cumplimiento de un tiempo mínimo de ejercicio profesional, complementado por una edad mínima para acceder al cargo.

Como se ha podido observar más arriba, en Alemania se cesa a los Magistrados de su cargo a partir de los 68 años (§ 4 III *BVerfGG*), con lo que consecuentemente se fija una edad máxima para acceder al Tribunal Constitucional. El hecho de que la edad máxima de los Magistrados del Tribunal Constitucional Federal sea mayor que la edad legal de jubilación de los jueces vitalicios, que es de 67 años, según el § 48 I *DRiG*, se explica por el aprovechamiento de la experiencia vital y profesional de los Magistrados en beneficio del Tribunal Constitucional Federal.[39] Adicionalmente puede ser interpretada como una expresión de la posición extraordinaria del Tribunal y sus Magistrados.[40] En la legislación española no se encuentra ninguna regulación semejante a la existente en Alemania respecto de los requisitos para ser Magistrado del Tribunal Constitucional. No obstante, además de un mínimo de edad, no podrá faltar, por las mismas razones, el establecimiento de una edad máxima para ocupar el cargo de Magistrado del Tribunal Constitucional, ya que el buen funcionamiento del Tribunal Constitucional depende también de la buena salud física y mental de sus miembros.

d) Exclusión de reelección

Una de las similitudes entre ambos regímenes jurídicos es su sistema de irreeligibilidad, esto es, que los candidatos a ser Magistrado no pueden haber desempeñado ya anteriormente ese cargo. No obstante, los conceptos de irreelegibilidad de los Magistrados constitucionales de ambos países son de naturaleza diferente. Mientras que en Alemania se prohíbe por completo la posibilidad de un segundo mandato al vedar una reelección inmediata o mediata (§ 4 II *BVerfGG*), en España existe esa prohibición sólo para los casos de elección por un periodo inmediato o cuando se haya ocupado el cargo por un plazo superior a tres años (art. 16.4 LOTC). El funda-

38 *Ídem*.
39 HEINRICHSMEIER, P., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, § 4, apartado 9.
40 HÖRNIG, D., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz, op. cit.*, § 4, apartado 9.

mento de la irreeligibilidad consiste en garantizar la independencia e imparcialidad judicial de los Magistrados constitucionales. Puesto que en ambos países existe la posibilidad de que los Magistrados publiquen sus votos particulares (§ 30 II *BVerfGG* y arts. 164.1 CE y 90.2 LOTC), la irreeligibilidad trae causa en parte a que se evita que los utilicen con el fin de contentar al órgano responsable de su elección y lograr su reelección.[41] Este objetivo se considera también alcanzable a través del nombramiento vitalicio de los Magistrados. Sin embargo, ello dificultaría la evolución de la jurisprudencia constitucional acorde con las transformaciones políticas y sociales.[42] No obstante, la independencia e imparcialidad de los Magistrados se ve sólidamente garantizada únicamente por vía de la irreeligibilidad inmediata y, sobre todo, mediata, por lo que no se encuentran argumentos suficientes para permitir una reelección posterior, aunque sea solamente mediata.

e) Incompatibilidades

Los sistemas de incompatibilidades para los Magistrados del Tribunal Constitucional en España y Alemania se encuentran regulados de una forma muy similar. Los regímenes coinciden en gran medida, aunque en el caso español se ha procedido a una regulación más detallada en la ley reguladora del Tribunal Constitucional, mientras que en Alemania muchas incompatibilidades están establecidas mediante leyes reguladoras de otros órganos o cargos. Así se tiende a subrayar, en el caso de las incompatibilidades existentes en ambos regímenes jurídicos con la pertenencia a otros órganos constitucionales, el principio de separación de poderes y a consolidar la neutralidad e independencia de los Magistrados frente a influencias políticas, teniendo en cuenta que los actos de autoridad de los órganos constitucionales están sujetos al control de los Tribunales Constitucionales. Además, las demás incompatibilidades permiten que los Miembros del Tribunal Constitucional Federal puedan dedicar toda su capacidad de trabajo al cumplimiento de sus obligaciones como Magistrados.[43]

Mientras que en España no se fijan expresamente excepciones de las incompatibilidades, en Alemania sí que se hace uso de ello al permitir el ejercicio de

41 STADLER, M., *Die richterliche Neutralität in den Verfahren nach dem Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, págs. 8, 11, 14; PESTALOZZA, C., *Verfassungsprozessrecht. Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder.*, 3ª edición, C.H. Beck, München, 1991, pág. 43; FERNÁNDEZ SEGADO, F., "*Comentarios a la Constitución española de 1978*", *op. cit.*, pág. 118.

42 SACHS, M. / STURM, G., *Grundgesetz: GG,* C.H. Beck, Köln, 2011, Art. 94, apartado 1.

43 ENGLER, H., "*Die Richter des Bundesverfassungsgerichts*", en Deutsche Richterzeitung, Carl Heymanns, Köln, 1961, pág. 287.

las actividades de un profesor de derecho en una Universidad alemana (§ 3 IV *BVerfGG*). El espíritu de esa regulación es el establecimiento de un vínculo entre la práctica y la teoría del Derecho Constitucional,[44] para hacer fructíferas las experiencias adquiridas respectivamente en ambos cargos.[45] Sin embargo, no es fácil comprobar hasta qué punto tal conexión genera beneficios para el Tribunal Constitucional y para la docencia del derecho. Y en cuanto a la gran carga de trabajo a la que se ha de enfrentar el Tribunal Constitucional, es difícil imaginarse que las tareas judiciales de sus Magistrados no se vean mermadas por las tareas de docencia,[46] aunque el § 3 IV *BVerfGG* trata de evitarlo.

4. Perspectivas

Como conclusión del análisis realizado, en lo siguiente se procederá a dar algunas perspectivas para posibles mejoras del sistema de selección de los Magistrados, cuyo instrumento fundamental y más trascendental es, efectivamente, el establecimiento de requisitos que han de cumplir los candidatos para a su elección.

Pues, en primer lugar, hay que resaltar la normativa alemana en cuanto al requisito de ciudadanía y el pleno ejercicio de los derechos políticos y civiles, que resulta convincente por su sencillez y compacidad. En España sería recomendable hacer uso de una formulación parecida, para aclarar la extensión de ese requisito tan fundamental.

En segundo lugar, en ambos regímenes jurídicos se deberá establecer una exigencia simultánea de edad mínima y ejercicio profesional, como también la fijación de una edad máxima en España, todo esto por los motivos alegados más arriba.

Tampoco puede faltar la exclusión de la reelegibilidad inmediata y mediata de los Magistrados del Tribunal Constitucional español según el modelo alemán del § 4 II *BVerfGG*, ya que nada más que así se podrá garantizar su plena independencia e imparcialidad.

44 KISCHEL, U., *Handbuch des Staatsrechts*, *op. cit.*, § 69, apartado 84.

45 OPPERMANN, T., *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tomo I, C.H. Beck, München, 2001, pág. 421.

46 KRANENPOHL, U., *Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses: Der Willensbildungs- und Entscheidungsprozess des Bundesverfassungsgerichts*, Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2010, pág. 488; MAHRENHOLZ, E., "*Zur Funktionsfähigkeit des BVerfG*", en Zeitschrift für Rechtspolitik, 1997, apartado 129.

Además de ello, puede resultar recomendable la sustitución de la formula de la reconocida competencia del art. 18 LOTC por el requisito de un número mínimo de jueces de los Tribunales Supremos del Estado, para objetivar la selección de los Magistrados y, a la vez, garantizar con ello la presencia de juristas de máximo prestigio en el Tribunal Constitucional.

Tampoco se deberá permitir la compatibilidad del cargo de Magistrado del Tribunal Constitucional con el ejercicio de las actividades de un profesor de derecho en una Universidad, como lo hace el § 3 IV *BVerfGG*. Pese a sus posibles efectos positivos, parece más probable que predominen las consecuencias negativas para el ejercicio de la Magistratura constitucional, por lo que su derogación parece aconsejable.

III. La designación de los Magistrados

Una vez cumplidos los requisitos antes mencionados, se procede a la designación de los Magistrados de los Tribunales Constitucionales. Debido a ello, se verá subsiguientemente el examen de las normativas determinantes en ambos países y, adicionalmente, una comparación de las mismas para analizar posibles perspectivas.

1. Reino de España

a) El procedimiento de elección

La elección de los doce Magistrados del Tribunal Constitucional por los correspondientes órganos electorales está regulada por norma constitucional y su desarrollo se encuentra en la LOTC. De ahí que se les atribuya a los tres poderes del Estado la facultad de propuesta de Magistrados: Las Cámaras, es decir, el Congreso de Diputados y el Senado, proponen a cuatro Magistrados cada una, mientras que el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) y el Gobierno proponen a dos Magistrados cada uno (art. 159.1 CE y 16.1.1º LOTC).

En cuanto al procedimiento de elección, el art. 17.1 LOTC determina que, a más tardar, "*antes de los cuatro meses previos a la fecha de expiración de los nombramientos, el Presidente del Tribunal solicitará de los Presidentes de los órganos que han de hacer las propuestas para la designación de los nuevos Magistrados, que inicien el procedimiento para ello*". Ya que, de acuerdo con el art.

16.3 LOTC, el Tribunal Constitucional se renueva por terceras partes cada tres años, los órganos constitucionales se determinan según les corresponda la elección de un tercio de los Magistrados.

aa) El procedimiento de elección en el Congreso de Diputados

La fase anterior a la elección de los Magistrados por el Congreso se inicia con la comparecencia de los candidatos propuestos ante la Comisión Consultiva de Nombramientos (art. 16.2 LOTC). El procedimiento de elección de los cuatro Magistrados que ha de proponer el Congreso de Diputados, y para el que la Constitución Española prevé que cada candidato sea elegido por mayoría de tres quintos de sus miembros, se encuentra recogido en el art. 204 de su Reglamento interno (RCD), y se corresponde con aquel por el que se nombra a los cuatro Miembros del CGPJ también propuestos por el Congreso de Diputados. Será, por tanto, el pleno de esta Cámara el que elegirá a los Magistrados (art. 204.1 RCD), teniendo cada grupo parlamentario derecho a proponer hasta cuatro candidatos con un tiempo de intervención máximo de cinco minutos (art. 204.2 RCD). En este caso, el procedimiento de votación consiste en que cada parlamentario escribe en la papeleta hasta un máximo de cuatro nombres (art. 204.3 RCD), resultando elegidos aquellos cuatro que obtengan un mayor número de votos (art. 204.4 RCD). El art. 204.5 RCD fija el procedimiento en caso de que en primera votación no sean cubiertos los cuatro puestos: Entonces, "*se realizarán sucesivas votaciones, en las que se podrá reducir progresivamente el número de candidatos a partir de un número no superior al doble del de puestos a cubrir. En estas votaciones sucesivas se podrá incluir en las papeletas un número de candidatos igual que el de puestos a cubrir. La Presidencia podrá, si las circunstancias lo aconsejan, interrumpir, por un plazo prudencial, el curso de las votaciones.*" En caso de empate, se procederá a realizar una nueva votación entre aquellos que hayan obtenido igual número de votos (art. 204.6 RCD).

bb) El procedimiento de elección en el Senado

Lo establecido en los arts. 159.1 CE y 16.1.1º LOTC, que es de aplicación tanto para el Congreso de Diputados como para el Senado, se ve ampliado en el caso del Senado por el art. 16.1.2º LOTC que estipula para los Magistrados propuestos por ésta Cámara que "*serán elegidos entre los candidatos presentados por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas en los términos que determine el Reglamento de la Cámara*". El desarrollo de las normas antes mencionadas, y del procedimiento de elección en especial se encuentra en los arts. 184 a 186 del Reglamento del Senado (RS). De gran importancia es aquí el art. 184.7a) RS, que

determina que cada Asamblea Legislativa podrá, tras la apertura y dentro del plazo comunicado por el Presidente del Senado, presentar un máximo de dos candidatos. La comparecencia de los candidatos propuestos por el Senado con posterioridad a su elección ante la Comisión de Nombramiento del Senado del art. 16.2 LOTC, está expuesto en art. 185 RS: Dicha comisión procede a la comparecencia de los candidatos una vez que haya comprobado el pleno cumplimiento de los requisitos para ser Magistrado (art. 185.3 RS). En caso de no haberse presentado candidaturas suficientes en el plazo, la comisión podrá incluir a otros candidatos, con la exigencia de que éstos también comparezcan ante ella (art. 184.7b) RS). Durante esta comparecencia podrán los miembros de la comisión "*solicitar al candidato aclaraciones sobre cualquier extremo relacionado con su trayectoria profesional o sus méritos profesionales*", quedando prohibidas cualquier tipo de "*preguntas que pudieran menoscabar o poner en cuestión indebidamente el honor o el derecho a la intimidad del candidato*" (art. 185.4 RS). A continuación, la Comisión elaborará un informe sobre la idoneidad de los candidatos (art. 185.6 RS) y elevará al Pleno del Senado una propuesta con tantos candidatos como puestos a cubrir (art. 184.7b) RS). El informe deberá ser presentado por un miembro de la Comisión en un tiempo máximo de diez minutos, dándoles, además, la oportunidad de intervenir a los Portavoces de los distintos Grupos Parlamentarios, también en un tiempo no superior a diez minutos (art. 186.1 RS). El procedimiento de votación que sigue es, en principio, igual al del Congreso de los Diputados descrito arriba y se encuentra regulado en los párrafos 2 a 5 del art. 186 RS.

cc) El procedimiento de elección en el Gobierno

La elección de los dos Magistrados que le corresponde proponer al Gobierno se rige por la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de Organización y Funcionamiento del Gobierno. En virtud de los arts. 5.1 k, 18.2 y 20.3 a) de esta Ley, el Gobierno elige a los dos Magistrados que deberá proponer al Rey en reunión decisoria e indelegable del Consejo de Ministros.

dd) El procedimiento de elección en el CGPJ

El desarrollo normativo del art. 159.1 CE que fija la elección de dos Magistrados por el CGPJ se encuentra en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), fijando una mayoría de tres quintos para que la propuesta de un candidato a Magistrado del Tribunal Constitucional tenga éxito (107.2 LOPJ), otorgándole dicha competencia al Pleno del CGPJ en virtud del art. 127.1 LOPJ, cuyo funcionamiento se rige, en detalle, por el Reglamento 1/1986 de Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial.

b) El nombramiento

Una vez que los órganos legitimados hayan cumplido con su deber de elegir a los Magistrados del Tribunal Constitucional, se dará comienzo a la fase de nombramiento. El órgano constitucional legitimado para ello es el Rey en nombre de la Corona, a quien se le transmitirá la propuesta de cada una de las Cámaras, del Gobierno o del CGPJ, según el caso (arts. 159.1 CE y 16.1 LOTC). Antes de que el nombramiento entre en vigor, éste acto del Rey tiene que ser refrendado por el Presidente de Gobierno y, en su caso, por el Ministro competente, que es en este caso el Ministro de Justicia.

c) Continuación en el cargo

El art. 17.2 LOTC fija que los "*Magistrados del Tribunal Constitucional continuarán en el ejercicio de sus funciones hasta que hayan tomado posesión quienes hubieren de sucederles*". La doctrina entiende que la continuación de los Magistrados salientes en su cargo no se considera un desempeño interino de sus funciones, sino una prórroga de su mandato.[47]

Además, el art. 16.4 LOTC establece que "*si hubiese retraso en la renovación por tercios de los Magistrados, a los nuevos que fuesen designados se les restará del mandato el tiempo de retraso en la renovación*".

2. República Federal de Alemania

a) El procedimiento de elección

La Constitución alemana le atribuye al *Bundestag*, en concepto de representación del pueblo alemán como órgano federal supremo legislativo de la República Federal de Alemania, la elección de la mitad de los Magistrados del Tribunal Constitucional Federal, y al *Bundesrat*, órgano de representación de los *Länder* ante la Federación, la mitad restante (art. 94 I *GG*). De conformidad con el § 2 I, II *BVerfGG*, cada uno de los órganos habilitados y obligados a elegir respectivamente la mitad de los Magistrados, elige a ocho miembros del Tribunal Constitucional Federal, ya que éste se compone de dos Salas con ocho Magistrados

47 GONZÁLEZ RIVAS, J., *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, *op. cit.*, pág. 239; *GARCÍA ROCA, F.*, "*La Selección de los Magistrados constitucionales, su estatuto y la necesaria regeneración de las instituciones*", *op. cit.*, pág. 10.

cada una. El § 5 I *BVerfGG* reitera el precepto constitucional del art. 94 I *GG* y lo concreta al establecer que *Bundestag* y *Bundesrat* eligen no sólo a la mitad de los Miembros del Tribunal Constitucional, sino en particular a la mitad de los Magistrados de cada Sala. Teniendo en cuenta que, de acuerdo con § 2 III *BVerfGG*, se designan en total seis jueces federales, tres de cada Sala, es inviable que cada órgano electoral elija a la mitad de los jueces federales de cada una de las mismas. Por tanto, el § 5 I *BVerfGG* fija que un órgano electoral elige a dos jueces federales y a otros dos miembros, mientras que el otro órgano electoral elige a un juez federal y a otros tres miembros de la respectiva Sala.

Una semana antes, a más tardar, de proceder a la elección de los Magistrados, el Ministro Federal de Justicia ha de remitir a los órganos electorales dos listas (§ 8 III *BVerfGG*) que administra permanentemente: Una, según el § 8 I *BVerfGG*, que conforma el Ministro Federal de Justicia bajo su propia responsabilidad,[48] incluyendo a los jueces federales que cumplan los requisitos del § 3 I, II *BVerfGG*, y otra, de acuerdo con el § 8 II *BVerfGG*, que contendrá a todas las personas que hayan sido propuestas para el cargo de Magistrado del Tribunal Constitucional Federal por un grupo parlamentario del *Bundestag*, por el Gobierno Federal o el Gobierno de un *Land* y que, a su vez, cumplan los requisitos susodichos.

Los periodos de elección en los órganos electorales para sustituir a los Magistrados comienzan, de conformidad con el § 5 II *BVerfGG*, no antes de tres meses precedentes a la fecha de la expiración de su mandato. En el mismo artículo se establece que, debido a su carácter, para el *Bundestag* resulta un periodo de elección especial en caso de que sea disuelto en este periodo: el plazo para la elección es entonces de un mes tras su reunión. En el caso extraordinario de que un Magistrado cese con anterioridad de la expiración de su mandato, su sucesor será elegido, para un mandato completo,[49] en el plazo de un mes por el órgano electoral que haya elegido al Magistrado cesado (§ 5 III *BVerfGG*).

aa) El procedimiento de elección ordinario en el *Bundestag*

El § 6 *BVerfGG* desarrolla el precepto constitucional del art. 94 I *GG* que fija la elección de la mitad de los Magistrados por el *Bundestag*, declarando que la respectiva elección debe realizarse por sufragio indirecto (§ 6 I *BVerfGG*). Es decir, el *Bundestag* no elige a los Magistrados en pleno, sino que designa, en

48 KLEIN, F., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, C.H. Beck, München, 2013, § 8, apartado 2.
49 HÖMIG, D., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, C.H. Beck, München, 2013, § 5, apartado 13.

virtud del § 6 II *BVerfGG* y de acuerdo con las reglas del escrutinio proporcional, a doce miembros de un Comité para la elección de los Magistrados del Tribunal Constitucional Federal.

En cuanto al procedimiento de elección de los compromisarios hay que destacar que cada grupo parlamentario tiene derecho a presentar propuestas mediante listas cerradas y que el escrutinio de los doce puestos se rige por la Regla D'Hondt (§ 6 II *BVerfGG*). Los compromisarios, que no están sometidos a instrucciones, ocuparán su cargo durante toda la legislatura, siendo motivo de abandono de este puesto, por tanto, el cese de su cargo de diputado, tanto si es por dimisión como por fallecimiento.[50] En estos casos, así como por declaración de incapacidad o por impedimento del miembro, toma posesión de su cargo el siguiente que hubiese estado en la misma lista cerrada (§ 6 II *BVerfGG*).

El proceso electoral de los Magistrados comienza con la convocatoria de los miembros del Comité y termina con la elección de todos los Magistrados. En principio, las sesiones no serán públicas, de acuerdo con el § 73 II del Reglamento interno del *Bundestag* (*GeschOBT*) y la votación de los Magistrados será a mano alzada o, si hay varios candidatos, secreta.[51] Será elegido como Magistrado quien, con arreglo del § 6 V *BVerfGG*, obtenga ocho votos. Esto es, se exige mayoría cualificada de dos tercios de los votos del Comité. Resaltar aquí que, según § 6 IV *BVerfGG*, los miembros del Comité están obligados a guardar secreto profesional sobre las relaciones personales de los candidatos que se dieron a conocer por su cargo y sobre los debates y la votación en el Comité.

bb) El procedimiento de elección ordinario en el *Bundesrat*

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal desarrolla la normativa constitucional que estipula la elección de la mitad de los Magistrados por el *Bundesrat* (art. 94 I *GG*) al establecer que los Magistrados del Tribunal Constitucional Federal se elegirán por mayoría de dos tercios de los votos del *Bundesrat* (§ 7 *BVerfGG*), exigiendo así una mayoría cualificada.[52] Por otra parte, no existen normas que especifiquen el procedimiento de elección en el *Bundesrat*, con lo que se supone que éste se regirá por las normas de su reglamento interno en cuan-

50 KLEIN, F., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, § 6, apartado 8.

51 TROSSMANN, H., *Parlamentsrecht und Praxis des Deutschen Bundestages*, W. Stollfuß Verlag, Bonn, 1967, pág. 285.

52 KLEIN, F., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, § 7, apartado 1.

to al proceso previsto para la toma de decisiones.[53] De ahí que el procedimiento de elección de los Magistrados se caracterice por una votación a mano alzada y, en consecuencia, por ser público.[54] Además es destacable que existe una comisión para la preparación de las elecciones que, no obstante, cumple una función asesora, formulando única y exclusivamente recomendaciones.[55]

cc) El procedimiento extraordinario en caso de retraso

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal contiene un régimen extraordinario de aplicación en aquellos casos en los que, en el plazo de dos meses a partir de la expiración del mandato o del cese anticipado de un Magistrado, no se haya producido la elección de un sucesor. En tal caso, el miembro de mayor antigüedad del Comité de elección del *Bundestag* (§ 7 a I *BVerfGG*) o el Presidente o el Vicepresidente del *Bundesrat* (§ 7 a III *BVerfGG*), dependiendo de cuál sea el órgano encargado de la respectiva elección, ha de instar al Tribunal Constitucional Federal a que éste presente alguna propuesta para su posterior elección. A continuación, el pleno del Tribunal Constitucional Federal decide, según el quórum de asistencia establecido en el § 16 II *BVerfGG*, esto es, con la presencia de dos tercios de sus miembros, por mayoría simple, sobre la propuesta que debe contener tres personas, salvo cuando haya que elegir a más de un Magistrado. En este último caso, el Tribunal tiene que proponer el doble del número de Magistrados que se hayan de elegir (§ 7 a II *BVerfGG*). Sin embargo, las propuestas del Tribunal no son jurídicamente vinculantes para el respectivo órgano electoral, por lo que éste podrá decidir libremente sobre la elección también de personas no incluidas en las propuestas referidas (§ 7 a IV *BVerfGG*).

b) El nombramiento

Tras la elección de los Magistrados del Tribunal Constitucional Federal por el *Bundestag* y el *Bundesrat* se efectuará su nombramiento. Tal como establece el art. 60 I *GG*, es el Presidente Federal quien debe efectuar el nombramiento de los jueces federales, entre los que también se encuentran los Magistrados del Tribunal Constitucional Federal.[56] Pues, aunque ellos son jueces especiales, el Tribunal Constitucional Federal al que pertenecen es, no obstante, un Tribunal Federal que

53 MAUNZ / DÜRING / HERZOG, *Grundgesetz Kommentar*, C.H. Beck, München, 2013, Art. 52, apartado 24.

54 *Ídem.*

55 KLEIN, F., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, § 7, apartado 3.

56 *Ibíd.,* § 10, apartado 2.

tiene sus raíces en el Título IX (sobre el Poder Judicial) del *GG*, con lo que los mismos Magistrados también son considerados jueces federales en sentido amplio.[57] Aunque el art. 60 I *GG* subraya que existe la posibilidad de que las leyes dispongan otra cosa, la *BVerfGG* reitera que el Presidente Federal nombra a los elegidos (§ 10 *BVerfGG*). Por otra parte, con arreglo al art. 58 I *GG*, las ordenanzas y disposiciones del Presidente Federal, entre las que también figura el nombramiento del que se trata aquí, necesitan, para su validez, ser refrendadas por el Canciller Federal o por el Ministro federal competente. El nombramiento se considera un acto formal que convierte a los elegidos en Magistrados del Tribunal Constitucional Federal,[58] por lo que, más allá de un derecho de examen formal de la elección de los Magistrados,[59] al Presidente Federal no se le atribuye un derecho de examen material, ya que, si así fuera, se produciría una influencia no querida por parte del poder ejecutivo en la elección de los Magistrados Federales.[60]

c) Continuación en el cargo

Según el § 4 IV *BVerfGG*, los Magistrados constitucionales continuarán en el ejercicio de sus funciones hasta el nombramiento de su respectivo sucesor cuyo inicio del mandato no se una sin interrupción a la finalización del mandato del Magistrado saliente. Sin embargo, no se trata de la prórroga del mandato del Magistrado saliente,[61] sino del desempeño provisional y de la gestión interina del cargo.[62]

3. Similitudes y diferencias

A raíz del establecimiento de requisitos para ser Magistrado del Tribunal Constitucional, con lo que se deberá haber limitado el acceso a ese cargo a un determinado grupo de personas cualificadas e idóneas, el siguiente paso es la instalación de un régimen de designación que garantice y refuerce la legitimidad de los Magistrados.

57 *Ídem.*

58 KLEIN, F., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, § 10, apartado 6.

59 MAUNZ / DÜRING / HERZOG, *Grundgesetz Kommentar*, *op. cit.*, Art. 60, apartado 2; KLEIN, F., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, § 10, apartado 1.

60 KLEIN, F., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, § 10, apartado 4.

61 HÄUßLER, R., *Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung*, Duncker & Humblot, Heidelberg, 1994, pág. 238.

62 BILLING, W., *Das Problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht*, Duncker & Humblot, Mainz, 1969, pág. 150.

a) Los órganos involucrados

En cuanto a las regulaciones sobre la designación de los Magistrados, se encuentra una serie de diferencias fundamentales entre España y Alemania. Esto se debe, sobre todo, a las formas diferentes de Estado y a diferencias en la organización estatal.

El hecho de que los órganos competentes para la elección de los Magistrados del Tribunal Constitucional Federal de Alemania son solamente dos, esto es, el *Bundestag* y el *Bundesrat*, se debe a su forma de Estado, que es el federalismo. Esto se ve expresado en el establecimiento de una cláusula de paridad en la normativa constitucional, según la cual cada cámara elige a la mitad de los Magistrados (art. 94 I *GG*).[63] Teniendo en cuenta que así, además, las cadenas de legitimación conducen hasta el pueblo mismo, del cual nace todo poder político (art. 20 II *GG*), se le concede legitimidad democrática a los Magistrados, que, como miembros de un órgano constitucional, precisan de ello.[64]

En España, por otra parte, la representación federal no es una exigencia necesaria, ya que este país tiene un sistema autonómico. Se parte, más bien, de un sistema tripartido, es decir, participan los tres poderes tradicionales del Estado en la designación de los Magistrados.[65] El número de órganos involucrados es, por tanto, dos veces mayor que en Alemania, esto es, a la competencia de las dos cámaras, que son el Congreso de los Diputados y el Senado, de elegir a un número determinado de Magistrados del Tribunal Constitucional, se suman el Gobierno y el CGPJ. Puesto que la "*soberanía nacional reside en el pueblo, del que emanan todos los poderes del Estado*" (art. 2.1 CE) y dado que los tres órganos electorales están mediata o inmediatamente legitimados por el pueblo, los Magistrados del Tribunal Constitucional de España también gozan de plena legitimidad democrática.

b) El procedimiento de elección en las Cámaras

El uso de listas actualizadas con candidatos idóneos para la Magistratura constitucional, administradas por el Ministro Federal de Justicia, que se ha establecido

63 JARASS, H. / PIEROTH, B., *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: GG,* C.H. Beck, Münster, 2012, Art. 94, apartado 1; SACHS, M. / STURM, G., *Grundgesetz: GG, op. cit.*, Art. 94, apartado 2.

64 GECK, W., "*Nombramiento y status de los Magistrados del Tribunal Constitucional Federal de Alemania"*, en Revista Española de Derecho Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, año 8, núm. 22, 1988, pág. 179.

65 FERNÁNDEZ SEGADO, F., "*Comentarios a la Constitución española de 1978*", *op. cit.*, pág. 79.

en Alemania, no se conoce en el ordenamiento jurídico español, aunque tiene una serie de beneficios para el procedimiento de elección en ambas Cámaras: Facilita la selección de los candidatos hábiles y, por consiguiente, el mismo procedimiento de elección.[66]

En cuanto a los plazos que se establecen en ambos regímenes jurídicos para iniciar el procedimiento de elección, hay que constatar que existen, pero que son, analizándolos en detalle, efectivamente diferentes: En España se establece la iniciación del procedimiento como mínimo cuatro meses, y en Alemania como máximo tres meses previos a la expiración del mandato del Magistrado saliente. A la luz de que en Alemania el órgano encargado de iniciar el procedimiento de elección es el órgano electoral correspondiente, se pretende con la fijación de un plazo máximo obligarlo a proceder a la renovación del Tribunal Constitucional Federal dentro de un plazo próximo a la expiración del mandato del Magistrado saliente. Así se trata de evitar que los órganos electorales procedan a la elección en un tiempo antes de tres meses porque les convenga por cuestiones políticas,[67] o para elegir a los nuevos Magistrados mucho antes del término de la legislatura, cuando la expiración de los Magistrados salientes se produzca en la legislatura siguiente.[68] Este razonamiento, sin embargo, no es aplicable al caso español, dado que se ha tomado una medida mucho más contundente: Se ha encargado al mismo Tribunal Constitucional o, para ser más preciso, a su Presidente, de solicitar a los órganos electorales la iniciación del procedimiento de elección (art. 17.1 LOTC), con lo que se esquivará el surgimiento de la problemática que se da en el caso alemán.

No obstante, es llamativo que normativas, que obliguen a los órganos electorales a finalizar la elección en un plazo determinado, existen en Alemania exclusivamente para casos excepcionales, mientras que en España faltan por completo. Pues, el propósito de las normas excepcionales es perfectamente comprensible: La fijación del plazo de un mes a partir de su reunión en caso de que la expiración del mandato de un Magistrado saliente concuerde con la disolución del *Bundestag* sirve para solucionar la importante cuestión sobre si la Cámara está competente antes o después de las elecciones federales, ya que los cambios que se produzcan en su composición pueden ser sensibles.[69] Y cuando un Magistrado

66 KLEIN, F., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, § 8, apartado 1.

67 BOWITZ, H., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, C.F. Müller, Heildeberg, 2005, § 5, apartado 24; VOßKUHLE, A., *Kommentar zum Grundgesetz*, Vahlen, 2010, Art. 94, apartado 11.

68 GEIGER, W., *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, *op. cit.*, § 5, apartado 2; SIEDLER, N., *Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 1999, pág. 236.

69 BOWITZ, H., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.*, § 5, apartado 30.

cese con anterioridad de la expiración de su mandato, el plazo de un mes dentro del cual se tendrá que realizar su sustitución tiene por objetivo limitar las vacantes y garantizar así el funcionamiento del Tribunal.[70]

A la luz de los retrasos que se suelen producir en las elecciones de los Miembros de los Tribunales Constitucionales de ambos países es, sin embargo, poco comprensible el hecho de que no se hayan establecido plazos obligatorios dentro de los cuales se deberían finalizar las elecciones. Si bien es cierto que la elección de los Magistrados no es incoercible y es difícilmente imaginable la imposición de sanciones a los órganos electorales en caso de retrasos producidos por éstos, la fijación de plazos concretos manifestaría, por lo menos, la contradicción de aquellas dilaciones con la ley y podrán traer consigo, aunque no consecuencias jurídicas, responsabilidad alguna en un sentido político.[71]

A continuación, pues, se procederá solamente a la comparación del procedimiento de elección en las dos cámaras de ambos países, ya que en Alemania no se da el caso de la designación de Magistrados ni por el Gobierno, ni por el CGPJ o cualquier otro órgano semejante.

aa) El procedimiento de elección en la Cámara Baja

La Cámara Baja de cada país, esto es, el Congreso de Diputados en España y el *Bundestag* en Alemania, elige, respectivamente, a una parte de los Magistrados constitucionales, dado el mandato constitucional (arts. 159.1 CE y 94.1 *GG*) en ambos Estados. Sin embargo, el procedimiento de elección que se ha establecido para ellas no puede ser más diferente: Mientras que en España existe una Comisión encargada para preparar las elecciones, que tendrán lugar en el pleno de la Cámara, en Alemania se ha delegado por completo la competencia de elección a un Comité para la elección de los Magistrados del Tribunal Constitucional Federal, cuyos miembros están obligados a guardar secreto profesional. Este procedimiento siempre ha sido objeto de debates controvertidos, y lo sigue siendo aún después del pronunciamiento del propio Tribunal sobre el § 6 *BVerfGG* que establece la elección indirecta de sus Magistrados. En su sentencia, el Tribunal Constitucional Federal ha declarado la constitucionalidad del artículo mencionado, al argumentar que la Constitución alemana, en su art. 94 I *GG*, designa al *Bundestag* la elección de una parte de los Magistrados, pero que, por falta de concreción, deja abierto al poder

70 KLEIN, E. / BENDA, E., *Verfassungsprozeßrecht*, C.F. Müller, 2001, apartado 134.

71 Véase GONZÁLEZ RIVAS, J., *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, *op. cit.*, pág. 241.

legislativo la elaboración del procedimiento. Además, añade que la justificación de la elección indirecta consiste en el objetivo de fortalecer la reputación del Tribunal y la confianza en su independencia, ya que una elección en el pleno del *Bundestag* podría poner a los candidatos en una situación parecida a la de una campaña electoral, lo que implicaría una politización del procedimiento.[72] Sin embargo, y considerando el poder político significativo del Tribunal Constitucional, sus Miembros han de estar provistos de legitimidad democrática, garantizada únicamente por una transparencia máxima del respectivo procedimiento de elección.[73] Por lo tanto, hay que subrayar que la declaración de constitucionalidad del procedimiento de elección mencionado no excluye la facultad del *Bundestag* de cambiarlo, ya que ha sido esta cámara que lo ha creado.[74]

bb) El procedimiento de elección en la Cámara Alta

Los procedimientos de elección en la Cámara Alta de ambos países son, a primera vista, similares, ya que el *Bundesrat* y el Senado tienen, respectivamente, a su disposición una comisión para la preparación de las elecciones cuya celebración tiene lugar en el pleno de la Cámara. No obstante, en España, la facultad de propuesta de los candidatos, a los que luego se vota, no les corresponde a los miembros del propio órgano, como es el caso en Alemania, sino que se les está fundamentalmente atribuido a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Sin embargo, finalmente esta diferencia resulta siendo una similitud: Las Comunidades Autónomas obtienen de esta manera la posibilidad de participación en las elecciones de los Magistrados constitucionales, algo que en Alemania también existe, considerando que los miembros del *Bundesrat* tienen un vinculo directo con los Gobiernos de los *Länder*, al ser miembros de los mismos. Dudas surgidas desde la entrada en vigor de la LO 6/2007, de 24 de mayo, que trasladó el derecho de propuesta de los Magistrados del Tribunal Constitucional del Senado a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, al modificar el art. 16.1 LOTC, se han resueltas mediante dos sentencias, en las que el Tribunal Constitucional se pronunció positivamente sobre la reforma. El Tribunal argumentó que la facultad material de elección final del Senado, contenida en el art. 159.1 CE, subsiste íntegramente,[75] y que la Comisión de Nombramientos del Senado puede suplir las carencias de las propuestas autonómicas

72 Sentencia de 19 de junio de 2012 (2 BvC 2/10).

73 LANDFRIED, C., "*Sollen Bundesverfassungsrichter vom Plenum gewählt werden?*", Zeitschrift für Rechtspolitik, 2012, apartado 191.

74 WIEFELSPÜTZ, D., "*Die Bundesverfassungsrichter werden vom Deutschen Bundestag direkt gewählt!*", en Die Öffentliche Verwaltung, n° 24, 2012, pág. 969.

75 STS 49/2008, de 9 de abril.

con propuestas propias.[76] Ahora bien, aunque España no es un Estado Federal como Alemania, pero sí un Estado autonómico, es decir, cuasifederal o federal regional, al integrar a las Comunidades Autónomas en el sistema de elección de los Magistrados, se crea la necesaria interconexión de políticas y representación territorial,[77] aumentado así la legitimidad de los Magistrados y del mismo Tribunal Constitucional.

cc) Las mayorías exigidas

Los Magistrados del Tribunal Constitucional de España y del Tribunal Constitucional Federal de Alemania tienen que venir elegidos por una mayoría parlamentaria cualificada. En concreto, en Alemania se les exige al *Bundestag* y al *Bundesrat* una mayoría de dos tercios (§§ 6 V y 7 *BVerfGG*), mientras que en España se prevé una mayoría de tres quintos de los votos (art. 159.2 CE). Aunque existe un nivel diferente entre las mayorías mencionadas, ambas cumplen con su pretensión especial: Mayorías de esa extensión y magnitud deberán fortalecer la *auctoritas* de los Magistrados y, con ello, de los Tribunales Constitucionales, como también garantizar su legitimidad, dado que suponen un amplio consenso entre las fuerzas políticas.[78] De esta manera se evita, además, que la mayoría gubernamental pueda vaciar el control por parte del Tribunal Constitucional al designar únicamente a personas de su índole.[79]

dd) El procedimiento extraordinario en caso de retraso

Mientras que en España no existen procedimientos extraordinarios en caso de retraso en la renovación del Tribunal Constitucional, en Alemania se ha establecido la facultad del Tribunal Constitucional Federal de presentación de candidatos cuando haya transcurrido un plazo determinado (§ 7a *BVerfGG*). Aunque sus propuestas no son jurídicamente vinculantes para los órganos electorales (§ 7a IV *BVerfGG*), su intervención ofrece la oportunidad de que, debido a su autoridad como institución, se llegue a la elección de un candidato propuesto por el mismo Tribunal o que, por lo menos, se acepte un compromiso sobre la elección de otro candidato,[80] al dar un toque de atención que incentivara la diligencia de los órganos electorales.[81]

76 STC 101/2008, de 24 de julio.

77 *GARCÍA ROCA, F.,* "*La Selección de los Magistrados constitucionales, su estatuto y la necesaria regeneración de las instituciones*", *op. cit.*, pág. 23.

78 KLEIN, F., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.,* § 6, apartado 14.

79 Ídem.

80 KLEIN, F., *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, *op. cit.,* § 7a, apartado 4.

81 *GARCÍA ROCA, F.,* "*La Selección de los Magistrados constitucionales, su estatuto y la necesaria regeneración de las instituciones*", *op. cit.,* pág. 29.

c) El nombramiento

El nombramiento de los Magistrados elegidos o propuestos se efectúa en ambos ordenes jurídicos por el mismo órgano constitucional: el Jefe de Estado, esto es, en España el Rey (arts. 159.1 CE y 16.1 LOTC) y en Alemania el Presidente Federal (arts. 60 I *GG* y § 10 *BVerfGG*). Además de ello, el procedimiento de nombramiento es idéntico, consistiendo en ambos países en el nombramiento refrendado por el Jefe de Gobierno o, en su caso, por el Ministro competente (arts. 64.1 CE y 58 *GG*), siendo un acto formal que convierte a los elegidos en Magistrados del respectivo Tribunal Constitucional.

d) Continuación en el cargo

En Alemania y en España se prevé de una manera idéntica la continuación en el cargo de Magistrados salientes hasta el nombramiento de su respectivo sucesor (arts. 17.2 LOTC y § 4 IV *BVerfGG*). A pesar de la existencia de opiniones discrepantes entre las doctrinas de ambos países sobre la cuestión si este procedimiento implica una prórroga del mandato del Magistrado saliente o únicamente la gestión interina de sus funciones,[82] y habida cuenta de dudas sobre la violación del derecho al juez legal (arts. 24.2 CE y 101.1 *GG*), está ampliamente reconocido que la forma de proceder mencionada es imprescindible, siempre que se haga uso de un breve plazo razonable, para mantener y garantizar el quórum del Tribunal y, con ello, el funcionamiento del Tribunal.[83] Por lo tanto, lo que no se permite es el aplazamiento consciente de la elección del sucesor para hacer posible un mandato más largo del Magistrado saliente.[84]

Una norma así no existente en el ordenamiento jurídico alemán es el art. 16.5 LOTC que, en caso de dilaciones en la elección de los Magistrados, se les restará a los nuevos Magistrados de su mandato el tiempo de retraso en la renovación. El artículo parece estar en contradicción con el art. 159.3 CE, al reducir el tiempo de su mandato a los Magistrados siguientes, aunque la Constitución prevé, sin excepción, una duración del mandato de nueve años.[85] Además, antes de aprobar

82 Véase las notas de pie 47, 61 y 62.

83 *GARCÍA ROCA, F., "La Selección de los Magistrados constitucionales, su estatuto y la necesaria regeneración de las instituciones"*, *op. cit.*, pág. 10; HÄUßLER, R., *Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung*, *op. cit.*, pág. 243.

84 RINKEN, A., *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Hermann Luchterhand Verlag, München, 2001, Art. 94, apartado 10; SIEDLER, N., *Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, *op. cit.*, pág. 237.

85 *GARCÍA ROCA, F., "La Selección de los Magistrados constitucionales, su estatuto y la necesaria*

medidas para evitar el retraso en el que habían incurriendo los órganos que eligen a los Magistrados, busca absorber sus consecuencias, con lo que lo legaliza.[86]

4. Perspectivas

Teniendo en cuenta lo analizado en el marco de los respectivos sistemas de designación de los Magistrados, a continuación se realizará la sugerencia de perspectivas de ambos regímenes jurídicos, dando algunas propuestas de mejora.

En primer lugar, es recomendable la introducción en España de una sistema de listas de candidatos actualizadas y administradas por el Ministro de Justicia o por las comisiones de los órganos electorales,[87] para facilitar los procedimientos de elección.

En segundo lugar, se deberá fijar plazos concretos para la finalización de las elecciones de los Magistrados por los órganos electorales, tanto en Alemania como en España, para afrontar a los problemas surgidos de dilaciones y retrasos en las elecciones de los Magistrados. Además, en Alemania se debería transferirle al Tribunal Constitucional Federal la facultad de solicitar a los órganos electorales la realización de las elecciones, para evitar así que sean éstos los que puedan proceder a la elección de los Magistrados en otra fecha que les convenga mejor.

Por cuestiones de legitimidad de los Magistrados del Tribunal Constitucional Federal de Alemania es aconsejable derogar el § 6 *BVerfGG* y sustituirlo por un procedimiento que posee la transparencia necesaria para garantizar la máxima legitimidad democrática de los Magistrados constitucionales. Para ello, parece recomendable la implementación del modelo español, que prevé la preparación de la selección de los Magistrados en la comisión correspondiente y luego la votación en el pleno de la Cámara.

Otra medida más para hacer frente a los retrasos que se producen en las elecciones de los Magistrados, podrá ser la atribución del Tribunal Constitucional

regeneración de las instituciones", *op. cit.*, págs. 9 y 10.

86 ESTRADA MARÚN, J., "*El irresuelto problema del retraso en la designación de magistrados constitucionales. Un apunte a la LO 8/2010, de 4 noviembre, de reforma de la LOTC*", en Revista Aranzadi Doctrinal n° 4/2011, Editorial Aranzadi, SA, pág. 3.

87 *GARCÍA ROCA, F.,* "*La Selección de los Magistrados constitucionales, su estatuto y la necesaria regeneración de las instituciones*", *op. cit.*, págs. 40 y 41.

de España con una facultad de propuesta, según el modelo alemán, usando la autoridad del mismo Tribunal para incentivar el consenso dentro de los órganos electorales.

Por último, se ha de señalar que la revocación del art. 16.5 LOTC parece razonable, dado su probable inconstitucionalidad y considerando la puesta en peligro de la igualdad entre todos los Magistrados y, con ello, su legitimidad.

IV. Conclusión

En virtud de lo visto anteriormente, se ha de constatar que, tanto en Alemania como en España, existen regímenes jurídicos que, en total, aseguran una selección adecuada de candidatos aptos para el ejercicio de la Magistratura constitucional, seguido de procedimientos de designación que responden a las exigencias fundamentales para garantizar la legitimidad de los Magistrados.

En general, los rasgos fundamentales en el ámbito de los requisitos establecidos son, en ambos países, bastante similares y se diferencian por los detalles. No obstante y aunque se podrá afirmar el aseguramiento de una buena selección de candidatos, es recomendable proceder a la realización de varios cambios, inspirándose respectivamente en el otro sistema jurídico, para alcanzar una mejora en la selección de candidatos.

En los procedimientos de designación de los Magistrados se dan, no obstante, varias diferencias fundamentales, en concreto respecto de los órganos electorales, aunque todos aquellos poseen el poder de dotar legitimización democrática a los Magistrados elegidos por ellos. También aquí es aconsejable efectuar algunos cambios jurídicos, para mejorar y, sobre todo, abreviar los procedimientos de designación, evitando así dilaciones y retrasos que pueden poner en serio peligro a la legitimidad de los Magistrados. Especialmente necesario resulta, sin embargo, la existencia de procedimientos transparentes y democráticos, a cuya vista parece imprescindible un cambio en la regulación jurídica de la designación parlamentaria alemana del *Bundestag*.