

LA PROROGATIO DE LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES. APUNTES MÍNIMOS SOBRE UN TEMA QUE NO LO ES

JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR

I. UNA CUESTIÓN NIMIA SÓLO EN APARIENCIA.—II. EL PANORAMA NORMATIVO.—III. PROROGATIO Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.—IV. DIAGNÓSTICO Y EVALUACIÓN FUNCIONAL.—V. LA DESEABLE SUPRESIÓN DE LA PROROGATIO.

I. UNA CUESTIÓN NIMIA SÓLO EN APARIENCIA

El estado de aguda confrontación que viene caracterizando la vida política española ha tenido como fruto, entre otras múltiples consecuencias indeseadas, la imposibilidad de proceder a la renovación de los miembros de órganos constitucionales cuyo mandato ha ido expirando, con el consiguiente mantenimiento —durante un plazo más que tolerable en algunos casos— de sus titulares en sus funciones.

Ocuparse de esta cuestión produce, en primer lugar, un cierto embarazo, por su carácter aparentemente secundario: el progresivo endurecimiento del clima político que ha tenido lugar entre nosotros desde hace más de una década ha tenido consecuencias mucho más relevantes que la que es motivo de reflexión en estas páginas, y a las que sólo podré referirme de modo tangencial. Pero, como intentaré razonar, sería incorrecto trivializar todo análisis sobre esta cuestión porque, pese a su modesta apariencia, no es en modo alguno baladí. No me refiero, desde luego, al legítimo disgusto que un determinado partido puede sentir por no poder hacer valer su mayoría en la designación de los miembros de los órganos constitucionales; el tema posee una trascendencia institucional consi-

derable y suscita problemas jurídico-constitucionales tan importantes como de difícil solución.

Y exige, también quizá, la advertencia de que el análisis que pretendo realizar (julio de 2008), aunque obviamente surge con ocasión de un incidente concreto (la no renovación de los vocales del Consejo General del Poder Judicial), intenta despegarse por completo del mismo, enfocando la cuestión desde una perspectiva global. Sería ocioso añadir, por evidente, que nada más lejano de mi intención que pretender incidir en la polémica renovación del Consejo: no sólo por mi limitada autoridad para suscitar audiencia alguna, sino por la fundada esperanza de que, en el momento en que estas páginas vean la luz, dicha renovación haya tenido ya lugar. No ignoro que esta advertencia puede sonar a una *excusatio non petita*, pero puedo asegurar que es sincera, como podrá comprobar quien tenga la paciencia de seguir estas breves reflexiones hasta su punto final.

II. EL PANORAMA NORMATIVO

1. La CE parece hacer referencia al fenómeno de la *prorogatio* en dos de sus preceptos. Directamente, en el artículo 101.2, al establecer que «el Gobierno cesante continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno»; indirectamente, en el artículo 78.3, al regular el clásico instituto parlamentario de la Diputación Permanente de cada una de las Cámaras legislativas, las cuales «seguirán ejerciendo sus funciones hasta la constitución de las nuevas Cortes Generales». Ninguna otra alusión semejante se contiene al regular cada uno de los restantes órganos constitucionales.

Pero ninguna de estas dos normas alude a auténticos supuestos de *prorogatio* la cual se refiere estrictamente a los casos en que los miembros de un órgano con mandato temporal predeterminado continúan en el desempeño de sus cargos una vez finalizado dicho período por no haber sido nombrados o elegidos quienes habrían de sustituirles. Y es evidente que los dos preceptos constitucionales que antes citamos regulan fenómenos diversos. La prolongación del mandato de algunos de los miembros de las Cámaras legislativas es un mero efecto inherente a la propia existencia de la Diputación Permanente; no se fundamenta en la situación anómala derivada de la demora en la elección de las Cámaras sucesivas (aunque quizá sí podría hablarse de *prorogatio*, en este caso, si las elecciones generales no tuvieran lugar en los plazos establecidos por la legislación electoral). Y, por su parte, la norma del artículo 101.2 no contempla ningún supuesto de prórroga, sino de simple continuidad de un Gobierno, tras la celebración de elecciones, hasta la toma de posesión del que ha de sustituirle.

Como más adelante veremos, esta norma no pretendió asegurar la continuidad del órgano gubernamental, sino limitar sus competencias.

2. Nada hay en la CE, pues, a propósito de la eventual *prorogatio* de los miembros de los órganos constitucionales, una hipótesis que en el momento de la aprobación del texto constitucional era punto menos que impensable. La sensible normalidad con que tuvieron lugar los primeros nombramientos de sus miembros no hacía previsible el surgimiento de dificultades a la hora de las renovaciones. El régimen de la *prorogatio* quedó, pues, tácitamente remitido al nivel de la legislación.

En este punto, el legislador pudo haber optado por la solución de mandato improrrogable aplicada por el artículo 68.4 CE a los miembros de las Cámaras (1). Pero la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional sentó el precedente de la *prorogatio* (2), que fue seguido posteriormente respecto de los Consejeros del Tribunal de Cuentas (3) y de los Vocales de la Junta Electoral Central (4). Pero no siempre ha sido así: en el caso del Defensor del Pueblo, el artículo 5.4 de su Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, optó por un sistema de sustitución (5); y, en el caso de de los Vocales del Consejo General del Poder Judicial, el artículo 114 LOPJ optó por silenciar el tema, aludiendo sólo a la duración de su mandato y a los trámites previos necesarios para la puesta en marcha del proceso de renovación (6).

Si dejamos a un lado los supuestos de exclusión de *prorogatio* en el caso de los miembros de las Cámaras legislativas y de sustitución en el del Defensor del

(1) «El mandato de los Diputados termina cuatro años después de su elección o el día de la disolución de la Cámara.» En el mismo sentido, y con posterioridad, los artículos 22.3 del Reglamento del Congreso y 18.e) del Reglamento del Senado.

(2) Artículo 17.2: «Los Magistrados del Tribunal Constitucional continuarán en el ejercicio de sus funciones hasta que hayan tomado posesión quienes hubieren de sucederles».

(3) Artículo 22.3 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal: «Los Consejeros de Cuentas continuarán en el ejercicio de sus funciones hasta que hayan tomado posesión quienes hubieren de sucederles». La Ley Orgánica del Tribunal guarda silencio al respecto.

(4) Artículo 9.3 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General: «Los Vocales designados serán nombrados por Real Decreto y continuarán en su mandato hasta la toma de posesión de la nueva Junta Electoral Central, al inicio de la siguiente Legislatura».

(5) «En los casos de muerte, cese o incapacidad temporal o definitiva del Defensor del Pueblo y en tanto no procedan las Cortes Generales a una nueva designación, desempeñarán sus funciones, interinamente, en su propio orden, los Adjuntos al Defensor del Pueblo.»

(6) No es, empero, el único caso. De forma harto asistemática, la LOREG, tan puntual al regular su artículo 194.2 la prórroga del mandato de los Concejales («Una vez finalizado su mandato los miembros de las Corporaciones cesantes continuarán sus funciones solamente para la administración ordinaria hasta la toma de posesión de sus sucesores; en ningún caso podrán adoptar acuerdos para los que legalmente se requiera una mayoría cualificada»), olvida este punto al tratar de la elección de los Consejeros Insulares canarios (art. 201.2).

Pueblo (que, sin perjuicio de la sustitución prevista en su Ley Orgánica, podría también ser calificado, respecto de la persona del Defensor, como otro supuesto de no *prorogatio*), no restan más que la general previsión de prórroga de mandato y el equívoco silencio de la Ley respecto de los Vocales del Consejo General del Poder Judicial. De esta forma, y en una valoración puramente intuitiva, podría llegar a afirmarse que nuestro ordenamiento (a nivel infraconstitucional, cierto es) consagra la existencia de un principio general de prórroga de mandato; un principio general que permitiría salvar la omisión de la LOPJ mediante la aplicación analógica de los restantes preceptos legales que prevén la prórroga (como así, imagino, ha debido suponerse en el seno del actual Consejo).

Pero esta afirmación se basa en una simple hipótesis, apoyada sólo en un comportamiento legislativo generalizado; pero una línea de legislación que no es unánime y que, por lo demás, ofrece una apariencia algo caótica, como lo demuestra no sólo la variedad de soluciones apuntadas, sino las asimétricas previsiones de competencias restringidas en el período de prórroga respecto de algunos órganos. Estas circunstancias son las que nos empujan a no conformarnos con la hipótesis mencionada y a intentar ir algo más allá.

III. PROROGATIO Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

En la línea de las suposiciones, me parece que sería pacífica la opinión de que el seguimiento mayoritario del régimen de la *prorogatio* por la normativa infraconstitucional se basa en un consenso tácito generalizado sobre la que podríamos llamar, para entendernos, regla de continuidad necesaria en el ejercicio de las funciones públicas, de la que el viejo principio de continuidad de los servicios públicos administrativos, enunciada por la escuela francesa del *service public* en el primer tercio del pasado siglo, no sería más que una manifestación: las funciones ejercidas por los órganos constitucionales deben considerarse en todo caso imprescindibles para un correcto funcionamiento del sistema político, lo que debe llevar a excluir *a priori* las situaciones de sede vacante, dicho en términos eclesiásticos. Que tal consenso ha operado lo prueba, a mi entender, el que la práctica totalidad de las normas legales que establecieron el régimen de *prorogatio* fueron aprobadas en etapas políticas en las que los procesos de cobertura de los órganos constitucionales se desarrollaban con toda normalidad (discusiones sobre cuotas aparte, claro está).

Pero esta regla de continuidad de los órganos constitucionales no es, desde mi punto de vista, axiomática e incuestionable. En absoluto. Por legítimas y respetables que sean (que lo son) las aspiraciones de los partidos a trasladar su hegemonía a los citados órganos y a participar, aun minoritariamente, en su

integración, no cabe confundir los juegos internos del poder con las necesidades sociales. Nadie en sus cabales pondría en cuestión que la situación óptima del sistema político y jurídico exige que la cobertura de los órganos constitucionales se lleve a cabo de forma regular y temporánea; pero es difícil afirmar, sin incurrir en catastrofismos artificiales, que la inactividad durante un plazo relativamente dilatado de alguno de estos órganos, por falta de cobertura de sus vacantes, supondría una quiebra del sistema o la aparición de turbulencias especiales en la vida del común de los ciudadanos (dejo siempre a un lado al Gobierno como motor de la vida política, claro está).

Imagino que nadie intentará descalificar esta conclusión presentándola como una muestra de menosprecio hacia tales órganos ni como una afirmación solapada del carácter superfluo de alguno de ellos, porque no es una cosa ni otra. Podría decirlo y aun razonarlo adecuadamente, pero no es mi intención ahora. Pretendo decir, exclusivamente, dos cosas:

1. Primera, que no se puede aceptar acriticamente la extensión a los órganos constitucionales del principio de continuidad, forjado a propósito de servicios públicos administrativos que sí son imprescindibles para el normal desarrollo de la vida social y económica: si los cinco primeros aeropuertos de España interrumpieran su actividad durante un año, el marasmo económico haría caer el PIB más de veinte puntos; la supresión completa, durante un período igual, del suministro eléctrico haría volver a cualquier país a los tiempos heroicos del Conde Fernán González, o antes; pero nada semejante podría decirse de la inactividad equivalente de ninguno de los órganos constitucionales (y de muchos otros administrativos, por supuesto). La estructura constitucional de que nos hemos dotado los Estados occidentales es un lujo; un lujo al que no estamos dispuestos a renunciar, y que tenemos derecho a conservar y disfrutar porque es la legítima herencia de siglos de lucha por la libertad y la tolerancia; pero un lujo al fin y al cabo, que muchos pueblos no comparten, porque su pobreza no se lo permite, y que otros mucho más afortunados no poseen como estructuras independientes porque no los consideran necesarios, sencillamente. No hablo, por supuesto, de los órganos que encarnan los mínimos democráticos, como una justicia independiente y una institución parlamentaria libremente elegida. Y es lógico y comprensible que su inactividad, o incluso sus fallos de funcionamiento, nos produzcan desasosiego y generen deseos de corrección inmediata; pero si hemos de ser sinceros con nosotros mismos, no podremos dejar de reconocer que tales fallos o inactividad dan lugar a inconvenientes muy inferiores a una huelga de transportistas.

En términos de pura razonabilidad, pues, no es lícito suponer la existencia de un inexorable principio de continuidad, que la realidad social no avala, ni

menos imaginar que tal principio se encuentra implícitamente consagrado en la CE.

2. Pero hay más. Puestos a indagar en el conjunto de principios implícitos en nuestro texto constitucional, cabe detectar, con mucha mayor consistencia, otros dos que se compadecen difícilmente con el hipotético de continuidad de funcionamiento. Me refiero, de una parte, al básico principio de temporalidad del poder (éste sí, me parece, inherente a la esencia de un régimen liberal y democrático) y, de otra, al de independencia, que es también esencial en el diseño del régimen de todos los órganos constitucionales.

Del principio de temporalidad deriva, naturalmente, la limitación temporal de los mandatos; una limitación que se compadece malamente con la posibilidad de que, ante una situación dilatada de imposibilidad de lograr acuerdos para la renovación, tales mandatos se prolonguen de manera indefinida.

Y el principio de independencia se refleja, ante todo, en el cuidadoso diseño que tanto la CE como su legislación de desarrollo hicieron de los períodos de mandato. El que éstos se fijaran en un lapso superior al del mandato parlamentario y en un número impar de años (nueve en el Tribunal Constitucional y en el Tribunal de Cuentas; cinco en el Consejo General del Poder Judicial y en el Defensor del Pueblo) refleja el propósito deliberado de eliminar toda coincidencia con la duración teórica de las legislaturas y los cambios de Gobierno (7). El dato es esencial, porque éste es el principal elemento al que la CE y sus leyes de desarrollo confiaron la independencia. El constituyente conocía a la perfección que, siendo los miembros de estos órganos designados por otros de composición estrictamente política, la tendencia a designar a personas afines era inevitable; pero era también conocedor de un fenómeno bien elemental, el que cualquier persona, aun designada por razones de confianza o afinidad política, tiende a desligarse de las instrucciones y aun de las sugerencias del que le nombró, y a pensar y decidir por su cuenta, en el momento en que éste pierde el poder de mantenerle o no en su puesto. No otro es el factor en que se basa la disciplina de los altos cargos de la Administración (por no hablar de los parlamentarios en un sistema electoral de listas cerradas y bloqueadas): si los directores generales fueran nombrados irrevocablemente por un plazo de cinco años, la Administración se haría ingobernable.

(7) Es cierto que el acortamiento de las legislaturas por disolución anticipada de las Cámaras puede dar lugar a alguna coincidencia, pero no lo es menos que de llegar a producirse, no sería liberada; la anticipación de las elecciones se basa en puras consideraciones de coyuntura ganadora, nunca en la segunda derivada de un control sobre determinados órganos constitucionales, que no tiene sentido plantearse cuando lo que está en juego es la consecución de una determinada mayoría parlamentaria y la constitución de un nuevo Gobierno.

Obvio es decir que el mecanismo de la *prorogatio* altera o puede alterar este requisito fundamental, al permitir a cualquier partido de ámbito nacional jugar con ella (negándose a pactar) para esperar a una más favorable composición de las Cámaras en la próxima coyuntura electoral, o para prolongar artificialmente una superioridad numérica ya perdida.

A la vista de lo expuesto, pocas dudas pueden caber de que si el texto constitucional no condena abiertamente la *prorogatio*, existen en él más condicionantes positivos que negativos hacia la misma. De ello no cabría, sin embargo, deducir la conclusión, a todas luces excesiva, de que la *prorogatio* debe considerarse inconstitucional. Sería absurdo excluirla para las prolongaciones de mandato de breve duración, derivadas de un retraso explicable y moderado en el proceso de nombramiento, o como una fórmula de emergencia si tal proceso fuera impedido por circunstancias catastróficas de excepcional relevancia. Pero admitirla con carácter general sin condicionarla a la concurrencia de requisito material alguno, sin límite temporal o, por qué no, sin previsión de sistemas alternativos de renovación, me parece difícilmente compatible con el texto constitucional.

IV. DIAGNÓSTICO Y EVALUACIÓN FUNCIONAL

Llegados a este punto es necesario invertir el sentido del análisis. La aceptación generalizada del principio de la *prorogatio* se ha basado en su consideración como una salida espontánea y razonable, a la que posteriormente se ha tratado de dar, vanamente, un fundamento constitucional. Aceptemos, no obstante, la hipótesis de su indiferencia constitucional y supongamos, por tanto, que la CE fuera completamente neutral sobre este punto y que hubiera dejado en libertad al legislador para establecer la *prorogatio* o para excluirla. Aun así, sería obligado analizar el juego de esta institución desde la perspectiva de su incidencia en la funcionalidad del sistema constitucional; en otros términos, sobre su conveniencia y utilidad comparativa.

Es obligado reconocer que, en una reflexión rápida, la *prorogatio* parece tener a su favor la naturalidad y el sentido común: no es que la prórroga sea una situación óptima, pero a primera vista parece ser la menos mala. Hago este reconocimiento como una sincera expresión personal: el autor de estas líneas siempre había pensado así, antes de detenerse a pensar críticamente y con un cierto sosiego sobre el tema. Después de hacerlo, las conclusiones a que llego son contrarias a las que siempre defendí intuitivamente.

1. Ante todo, conviene hacer un rápido excursus sobre las causas de la proliferación de los supuestos de *prorogatio*. Y aunque poco cabe añadir a lo que

se ha repetido hasta la saciedad en todo tipo de foros y publicaciones, puede ser oportuno recordar esquemáticamente los términos fundamentales del diagnóstico; que es bastante pesimista.

La prolongación forzada del mandato de los miembros de órganos constitucionales tiene su origen, obviamente, en la incapacidad de las fuerzas políticas para alcanzar acuerdos sobre las personas que hayan de ocupar tales cargos. Me parece, sin embargo, que las explicaciones de esta incapacidad se han detenido en consideraciones harto superficiales, como es la de atribuir las al creciente grado de tensión y confrontación entre los dos partidos hegemónicos de ámbito nacional. Es indudable que el nivel de hostilidad entre partidos ha contribuido a dificultar el diálogo; pero el problema tiene raíces mucho más profundas y preocupantes, que llegan a los cimientos mismos de nuestro sistema político.

Es una evidencia que las dificultades insuperables para alcanzar acuerdos sobre personas se debe al propósito deliberado de situar en los órganos constitucionales a candidatos real o presuntamente fieles o afines al partido que los propone. Se supone que el sesgo político de los candidatos no es más que una forma de blindaje de los partidos y sus gobiernos respectivos (y de las Comunidades Autónomas, no se olvide), una táctica defensiva frente a las agresiones de que pueden ser objeto mediante actuaciones realizadas ante tales órganos con fines de desgaste político. Pero esto, siendo verdad, no es más que una parte de la verdad. Si continuamos abriendo las sucesivas muñecas rusas, bajo esta pretensión defensiva yacen pulsiones totalitarias subconscientes, como decía en otro contexto Hanna Arendt: por más que lo nieguen (e incluso que lo ignoren), el horizonte utópico de todos los partidos consiste en una ocupación indefinida del poder político (por supuesto, por vías democráticas; faltaría más). Estas pulsiones están motivadas en instintos de seguridad derivados de la profesionalización de los niveles superiores del aparato de los partidos, aunque en el plano de la consciencia se basan en la creencia cuasi religiosa de que sólo la puesta en práctica de sus políticas puede traer el bienestar y la felicidad a los ciudadanos (y, correlativamente, que la toma del poder por los adversarios sólo puede causar retrocesos y catástrofes); la alternancia en el poder se acepta sólo de mala gana, como un accidente indeseable y de la menor duración posible, tras el cual se aspira a restaurar el orden «natural» de las cosas.

Pero la ocupación indefinida (o, al menos, muy prolongada) del poder tiene como requisito de necesidad (o, cuando menos, de conveniencia) el control de los organismos fiscalizadores y, en general, de los *countervailing powers* existentes dentro del aparato estatal. De ahí el imperativo de designar sus titulares entre personas que, además de una cierta competencia técnica, sean «de los nuestros», por emplear una expresión harto escuchada en las sedes de los partidos.

No desearía que este diagnóstico, bastante elemental y fragmentario, fuera interpretado como una denuncia de la supuesta perversidad intrínseca del sistema de partidos. No me cabe duda que los intentos de ocupación indefinida del poder y de control de todos los centros de influencia se hacen, en la mayor parte de los casos, con la mayor buena fe, inspirados en el deseo del bienestar general y bajo la presión insoportable de las dificultades que tiene toda la acción política; y que la pedestre pretensión de asegurar a los afines cargos de alta retribución y *status* social es, sin duda, minoritaria. Pero sean cuales sean sus motivaciones, el resultado final es el mismo: los cargos de los órganos constitucionales se proveen, por lo general, no con el objetivo de asegurar su funcionamiento competente e independiente, sino con el de asegurarse el control de los mismos o, cuando menos, un poder de influencia respecto de sus decisiones y actuaciones más relevantes o sensibles. Y, por más que intentemos comprender sus razones, tal actitud no deja de ser una muestra de deslealtad constitucional; porque si algo es evidente es, como antes señalamos, que la CE diseñó estos órganos bajo la inequívoca directriz de hacerlos independientes, en la medida de lo posible, del control de los gobiernos y partidos.

No se trata, por tanto, de cargar todas las culpas sobre la dinámica de los partidos: el efecto de bloqueo es imputable también al propio texto constitucional que, en aras del espíritu de consenso característico de la llamada transición, vino a exigir para los nombramientos unas mayorías que conducían casi irremisiblemente al mismo. Y, aunque nadie pretendía que el bloqueo se produjese, es innegable que tales mayorías fueron buscadas con deliberación, porque me resulta imposible creer que nadie hubiera caído en la cuenta sobre el dato elemental de que un partido o coalición de partidos que hubieran obtenido más del 40 por 100 de miembros de las Cámaras podrían bloquear, aun siendo comparativamente minoritarios, cualquier renovación de estos órganos.

Me explico. Tras la experiencia de las primeras elecciones de 1977, la opinión general de los analistas políticos era que el sistema electoral vigente desde entonces (proporcional de listas, pero con circunscripciones muy amplias y de población muy desigual) llevaba a un mapa de partidos de rango cuantitativo decreciente, en el que se suponía, en una interpretación muy poco afinada de las tampoco demasiado sutiles leyes tendenciales de Duverger y Rae, que ningún partido podría obtener jamás mayoría absoluta, y menos una mayoría del 60 por 100 (los tres quintos necesarios para nombrar a los magistrados del Tribunal Constitucional y a los vocales del Consejo General del Poder Judicial). Esta mayoría, supuestas las naturales dificultades de entenderse entre el partido mayoritario y el que le siguiera en número de diputados, aseguraba a los minoritarios una cuota de presencia, aun pequeña, en estos órganos constitucionales; una aspiración lógica en quienes no querían verse eliminados de la vida política y,

en contra, deseaban lograr una cuota de nombramientos sensiblemente superior a su peso parlamentario.

Lo que imagino que nadie pensó en aquellos momentos es que la imposición de estas mayorías creaba una tendencia fortísima al bloqueo, derivada de la práctica imposibilidad de lograr una proporcionalidad exacta, ni aun aproximada, entre el número de diputados y el de miembros a nombrar en un órgano de composición numérica muy inferior; imposibilidad que genera desigualdades notorias, tanto en más como en menos (8), en cualquier caso, lo que tiene que llevar, lógicamente, a polémicas inacabables suscitadas por los partidos más perjudicados por la falta de proporcionalidad.

Podríamos ir mucho más allá y especular sobre posibles soluciones a esta disfunción. Pero no es ésta la ocasión adecuada para ello, ni quiero abandonar el concretísimo extremo de la *prorogatio*, cuyas razones últimas se encuentran en el panorama que acabo de describir.

2. Supuesto que estas disfunciones del sistema no son fácilmente evitables, podría pensarse en términos posibilistas que la *prorogatio* es, como decíamos, la salida más natural y menos costosa al bloqueo de las renovaciones. Y no niego que pudiera ser así en determinadas situaciones: pero conviene tomar nota de los efectos perversos que tiene un juego sistemático de este mecanismo. Me referiré solamente a cuatro:

a) Primero, no debe olvidarse que la *prorogatio* es una técnica que tiende a retroalimentarse aceleradamente. Dicho de otra forma, su naturalidad y aparente bajo coste invita a su empleo sistemático, ocultando a sus propios actores — los partidos — los defectos de funcionamiento del sistema y haciendo olvidar el deber constitucional de proceder a la renovación periódica de los órganos de acuerdo con criterios de solvencia técnica e independencia.

Dicho coloquialmente: la existencia de la prórroga permite a los partidos enrocarse en su objetivo de nombrar personas afines; si el acuerdo no se consigue, no pasa nada, porque el órgano sigue funcionando (aunque con los problemas a que de inmediato aludiré), de tal modo que lo que no deja de ser una anomalía

(8) Sólo después de treinta años se ha conseguido, por ejemplo, que la distribución entre los grupos parlamentarios de los miembros de las comisiones del Congreso de los Diputados sea relativamente pacífica, porque se haga como se haga, perjudica siempre a algunos y beneficia a otros. Para quien maneje con fluidez la aritmética, le recuerdo su composición actual: el Grupo Socialista, con 169 diputados en el Pleno, dispone en cada comisión de 18 diputados; el Grupo Popular, con 154 diputados en el Pleno, de 16; y cada uno de los cuatro restantes, de un solo miembro en cada comisión, siendo así que el Grupo Catalán de Convergència i Unió dispone en el Pleno de 10 diputados; el Grupo Vasco y el Mixto, de 6; y el Grupo de Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, de 5.

tiende a adquirir una peligrosa habitualidad, incentivando la directiva de fidelidad política en la selección de candidatos y en la actuación de los elegidos.

b) Segundo, la *prorogatio* es un factor de deslegitimación del órgano prorrogado y de la totalidad de decisiones que adopta. Por supuesto, deslegitima también al conjunto del sistema constitucional, al poner de manifiesto la incapacidad de los partidos y de las instituciones para cumplir con sus deberes de renovación, incitando a suponer razones más maliciosas que las que realmente subyacen a la imposibilidad de acuerdo. Pero el daño a la concreta institución es muy superior, al acentuar las sospechas de lealtad partidista en quienes posteriormente lleguen a ser nombrados (con el consiguiente retraimiento de muchas de las personas valiosas, aun neutrales, a las que se pueda proponer para ser nombradas) y al permitir cuestionar todas sus decisiones; tanto las que adopte el órgano prorrogado como las que tome en su posterior composición.

c) Tercero, la sensación de interinidad inherente a la prórroga es un elemento generador de gravísimas disfunciones en el funcionamiento del propio órgano prorrogado.

Para empezar, constituye una invitación a la pasividad frente a la toma de decisiones de relativa trascendencia: por más que la creencia carezca de todo fundamento (y luego volveré sobre ello), es inevitable que los miembros prorrogados carezcan de estímulo alguno para emprender tareas urgentes y relevantes que ignoran si llegarán a culminar (porque la renovación podría llegar en cualquier momento) y que, en todo caso, piensan que nacerían teñidas de provisionalidad y avocadas a una inmediata revisión.

Es también un incentivo a la inactividad en abstracto de cada uno de los miembros del órgano: salvo en el caso de quienes sean servidores públicos o hayan rebasado la edad de jubilación, la prolongación indefinida de un mandato genera un estado de gravísima frustración de expectativas. Como cualquier otra persona, el miembro de un órgano constitucional planifica su vida profesional para el día después, sondeando sus posibilidades de inserción en el mercado de trabajo; si ese día después no llega, el miembro del órgano se ve preso de una sensación de continua pérdida de oportunidades. Y el que sabe que tiene que irse, y que desea irse, pero no sabe cuándo, aunque lo más probable es que sea pronto (o no), se halla en un estado de ánimo muy poco propicio para realizar su tarea con entusiasmo y productividad; menos aún, para alumbrar iniciativas de cualquier tipo. Ello me hace entender, y aun justificar en el plano personal, incluso los supuestos extremos de dejación total y unilateral de sus responsabilidades, que sería muy difícil reprochar a quienes son mantenidos en un estado de continua e indefinida provisionalidad y frente a los cuales el ordenamiento,

desaparecido del Código Penal el delito de abandono de funciones públicas, carece de remedio (9).

Y es, por fin, una causa frecuente de bloqueos internos. Por razones fácilmente comprensibles, el enroque de los partidos ante la imposibilidad de alcanzar acuerdos de nombramiento suele trasladarse a la adopción, dentro del propio órgano, de acuerdos que requieren una mayoría cualificada. La confrontación entre partidos en torno a la renovación se convierte en pugna entre los bloques de miembros en función de su origen político.

d) Y finalmente, en directa conexión con alguna de las consideraciones anteriores, debe hacerse alguna referencia a la incitación legal a la inactividad de los órganos constitucionales en situación de prórroga que trae causa de una singular aplicación analógica de la figura del «Gobierno en funciones», a la que aludí brevemente en el punto II de esta colaboración. Por si fueran pocos los desincentivos para actuar que se derivan de las circunstancias a que acabo de aludir, es normal que las fuerzas minoritarias dentro de estos órganos tiendan a impedir cualquier actuación relevante del mismo invocando su misma condición de órgano en *prorogatio* o «en funciones».

La institución del «Gobierno en funciones» a que se refiere el artículo 101.2 CE fue el producto de una hábil manipulación teórica de los tiempos de la transición que tomó como base lo dispuesto en el primer apartado del mismo artículo, según el cual el Gobierno cesa «tras la celebración de elecciones generales». El precepto parece tan impecable como inocuo y podría haber sido interpretado en el mismo sentido que la aclaración que hace el apartado 2: cesar «tras la celebración de elecciones generales» no tiene por qué significar que el cese se produzca en el momento mismo del cierre de las urnas; podría significar cualquier otra cosa (que el Gobierno cesa en el instante en que finaliza el escrutinio provisional o definitivo, en la fecha de proclamación de los electos, el día de la constitución provisional de las Cámaras o el de la votación de investidura), pero lo más lógico hubiera sido entenderlo en el sentido de la aclaración citada —esto es, que cesa en el momento de toma de posesión del nuevo Presidente— que, por

(9) No digamos nada de los legítimos temores que puede experimentar una persona escrupulosa en situaciones de silencio legislativo sobre la *prorogatio*. Me refiero al caso concreto del Consejo General del Poder Judicial, en el que la prórroga de sus miembros parece sustentarse sobre el cuestionable argumento de una aplicación analógica de lo previsto en otras leyes respecto de otros órganos constitucionales. Careciendo dicho argumento de acreditada solidez (porque en cualquier momento podría ser negado mediante la aplicación del argumento *a contrario*: si la LOPJ calla sobre la prórroga, estando establecida explícitamente en otras leyes, no es disparatado pensar que el silencio equivale a su prohibición tácita), es comprensible la inquietud que algunos de sus miembros prorrogados podrían sentir con la lectura del artículo 402 del Código Penal.

ello, era perfectamente innecesaria. Pero los juristas sabemos a la perfección que las aclaraciones superfluas dan pie a hipótesis imprevistas: en este caso, la de que el Gobierno cesante (no se sabe exactamente cuándo, por cierto) sufriría una alteración en su naturaleza y, sobre todo, un recorte en sus competencias, dando lugar a un Gobierno «disminuido», apto sólo para despachar cuestiones de trámite, por así decirlo.

No tiene ya utilidad alguna recordar con detalle los concretos propósitos que albergaron los grupos de oposición, con este artificio teórico, en la concretísima coyuntura de diciembre de 1978: es evidente que el objetivo consistía en un debilitamiento del Gobierno en el período comprendido entre la aprobación del texto constitucional y el 15 de junio de 1981, fecha que el apartado 1 de la Disposición Transitoria Octava de la CE fijaba como límite para la celebración de nuevas elecciones. Pero todo eso es ya historia. Lo que me resulta difícil de entender es que tan forzado artificio conceptual (que no tuvo efecto práctico en los procesos electorales celebrados con posterioridad, que no supusieron alteración alguna de la acción de gobierno) fuera mucho después acogido en el artículo 21 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, cuya exposición de motivos llega a decir nada menos que «el objetivo último de toda su actuación [del Gobierno en funciones] radica en la consecución de un normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno».

En la medida en que podría avanzarse la hipótesis de que los supuestos de *prorogatio* son asimilables al del Gobierno en funciones, con limitaciones análogas de las competencias de los órganos afectados, es necesario señalar que, en mi opinión, tal figura carece de toda justificación. El artículo 21 de la Ley del Gobierno impone al cesante dos tipos de limitaciones.

De una parte, la de limitar «su gestión al despacho ordinario de los asuntos públicos, absteniéndose de adoptar, salvo casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general cuya acreditación expresa así lo justifique, cualesquiera otras medidas». Es obvio advertir que las salvedades que se hacen a esta primera limitación, con un fundamento tan amplio e impreciso como la urgencia o la concurrencia de razones de interés general, la desvirtúan por completo; ¿o es que los Gobiernos adoptan medidas que no vengan aconsejadas por razones de interés general?

Y, de otra, además de algunas prohibiciones elementales (disolver las Cámaras, plantear la cuestión de confianza o proponer la convocatoria de un referéndum), las de aprobar el proyecto de ley de Presupuestos y de presentar cualquiera otro proyecto de ley a las Cámaras. Respecto de la primera, baste decir que su recordatorio es perfectamente inútil, porque su infracción constituiría un notorio fraude a la Constitución. Y lo mismo cabe decir de la segunda, porque ningún Presidente que acaba de perder a las elecciones osaría presentar

cualquier proyecto de ley a unas Cámaras, que muy probablemente se las devolverían. En todo caso, tal prohibición no tiene ningún sentido si el Presidente cesante acaba de resultar ganador en las elecciones, de manera que tenga asegurada su nueva investidura; en esta segunda hipótesis, la prohibición de aprobar el proyecto de ley de Presupuestos resulta absolutamente disparatada, en cuanto obliga a una prórroga presupuestaria perfectamente fútil.

No tiene utilidad alguna someter a más críticas este precepto legal, tan inocuo como el 95 por 100 de la Ley 50/1997 (a la que, si se eliminan las reproducciones de textos de la CE, se queda prácticamente en nada). El artículo 21 es un supuesto ejemplar de ejercicio intelectual inútil o, si se quiere, un vano intento de poner puertas al campo. El deber constitucional de todo Gobierno es gobernar y adoptar en todo momento todas las medidas que la sociedad y la economía requieran, porque su legitimidad no se agota con el acto mágico de celebración de unas elecciones, sino sólo en el instante en que es físicamente sustituido por otro. Y, además, es lo que hacen y harán todos en este período, sin perjuicio de la inactividad forzada e incomprensible que provoca toda convocatoria electoral.

Y lo que acaba de decirse del Gobierno de la Nación es aplicable al ciento por ciento a los restantes órganos constitucionales. No hay razón alguna, si alguien pudiera esgrimirla, para que un órgano prorrogado no continúe desempeñando la totalidad de sus competencias y dando a luz todas sus iniciativas en la misma forma en que pudo haberlo hecho el primer mes de mandato (también en este caso, sin perjuicio del desánimo, ya antes aludido, que, de hecho, pueda cundir entre sus miembros).

V. LA DESEABLE SUPRESIÓN DE LA PROROGATIO

A la vista de cuanto se ha expuesto, es fácil deducir que la *prorogatio* es una institución de difícil encaje constitucional; y que aunque no fuera así, los nocivos efectos que posee harían aconsejable su supresión o, cuando menos, un empleo limitadísimo de la misma.

Pecaría seguramente de frivolidad apelar exclusivamente, para justificar esta conclusión, al tradicional vicio ibérico de incumplir sistemáticamente los plazos indefinidamente prorrogables y no sometidos a un mecanismo de preclusión; pero es un factor que tampoco puede despreciarse por completo, como sabemos todos los profesionales (y muy especialmente, los abogados en ejercicio). La posibilidad abierta de prórroga conduce, a la menor dificultad que se presenta, a postergaciones indefinidas; en tanto que la existencia de plazos preclusivos empuja a una eficacia inexorable. Por referirnos sólo al plano cons-

titucional, hay en la CE un solo plazo de esta naturaleza, que yo recuerde: el establecido en el artículo 86.2 para la convalidación de los decretos-leyes, un plazo que en treinta años de historia constitucional no ha sido excedido una sola vez. No creo que pudiera haberse dicho lo mismo, ni de lejos, si la CE, en lugar de apuntar la derogación automática del decreto-ley transcurridos treinta días desde su promulgación, hubiera dicho que debía ser sometido a la convalidación parlamentaria, por ejemplo, a la mayor brevedad.

No es eso todo, desde luego. La comodidad de la *prorogatio*, como antes decíamos, constituye una invitación permanente a la falta de acuerdo y al encastillamiento en posiciones de los partidos negociadores porque, con independencia del malestar que genera en el que tiene todas las de ganar por su superioridad numérica, la prórroga es una situación sólo ligeramente inconfortable frente a la opinión pública: el desgaste de los partidos por la incapacidad de alcanzar un acuerdo es algo sólo perceptible para muy reducido segmento de la sociedad y de los medios de comunicación; la anomalía no interesa al conjunto del electorado (porque, a fin de cuentas, mejor o peor, el órgano sigue funcionando), y deja de ser noticia en plazos muy breves.

No es necesario, por ello, decir que la situación sería exactamente la inversa en el caso de la exclusión de toda prórroga. La absoluta inactividad de un órgano constitucional por falta de titulares sería una situación mediáticamente escandalosa, acarreado a los partidos un coste de imagen que muy difícilmente podrían soportar y generando, por tanto, una acusada presión hacia el acuerdo, aun no satisfactorio. Y es más: puesto que, pese a cualquier presión pública, el enroque de los partidos continuaría en la medida en que se empeñaran en el nombramiento de candidatos políticamente fieles (y, por tanto, inadmisibles de entrada para la otra parte negociadora), la situación no tendría otra salida, en el momento en que el desgaste público llegara a un nivel intolerable, que rebajar el perfil político de los candidatos o, mejor aún, buscar puntos de encuentro en torno a personas distinguidas por su prestigio profesional o intelectual, exentas de sospecha de afinidades de partido y, por tanto, admisibles para la otra parte. La fidelidad política sufriría bastante, pero la independencia y prestigio de los órganos ganaría bastantes puntos. Eso es lo que parece que pretendió la CE hace tres décadas; pero, aunque ya no importen mucho los deseos que albergaron nuestros constituyentes, es lo que aconsejan la lógica y el sentido común.

Y también el sentido de justicia hacia muchos miembros de estos órganos prorrogados. No me mueve el menor afán de adulación al dejar constancia de que, pese a que el sistema de nombramientos y cuotas invita a una creciente fidelización política de los candidatos, y por tanto a una ley de hierro en virtud de la cual se tiende a elegir a quienes, por su perfil intelectual o personal, ofrecen mayores garantías de docilidad o adhesión entusiasta a las ideas de quien

le patrocina, todos estos órganos han disfrutado y disfrutan del privilegio de contar entre sus miembros a personas de valía excepcional y de evidente independencia de criterio. Me resulta profundamente injusto que el sistema propicie la aplicación a estas personas de etiquetas políticas prefabricadas a las cuales no responden en absoluto.

Creo, por todo lo expuesto, que sería altamente aconsejable emprender el experimento de suprimir la *prorogatio*. Ciertamente es que no podría ofrecer seguridades de que todas las disfunciones desaparecieran, ni de que aparecieran otras imprevistas y aun peores. Pero en la política es también necesario, como en la ciencia, seguir la línea de trabajo de la prueba y el error; y es de una evidencia palmaria que el sistema actual de nombramientos es malo sin paliativos; un sistema (alimentado por el régimen de prórrogas) que ha llevado a un lamentable y quizá exagerado descrédito de los órganos constitucionales a que me vengo refiriendo es algo que merece la pena el riesgo de un cambio.

RESUMEN

El trabajo pretende describir la variada regulación de la prórroga del mandato de los miembros de órganos constitucionales en España; analiza su problemático fundamento en el texto constitucional y su contradicción con los principios de temporalidad del poder y de independencia de estos órganos y expone los inconvenientes que supone la aplicación del sistema de la *prorogatio* para el funcionamiento de los propios órganos. El trabajo termina con una propuesta de supresión, a título experimental, de esta institución.

PALABRAS CLAVE: Prórroga. Órganos constitucionales. Continuidad de funciones públicas. Temporalidad del poder. Independencia.

ABSTRACT

The study aims to describe the different regulations of the term of office extension of the members of the constitutional bodies in Spain; it analyses its problematic basis on the Constitution and its contradiction with the principle of the provisionality of power and of the independence of these bodies, whilst presenting the drawbacks derived from the application of the *prorogation* system for the operating of the bodies themselves. The study concludes by proposing, for experimental purposes, the abolition of said institution.

KEY WORDS: Extension. Constitutional bodies. Continuity of public functions. Provisionality of power. Independence.