

La protección de la independencia judicial en la Unión Europea



Prólogo de **Javier Zarzalejos**
Daniel Berzosa López (director)

Teresa Freixes
José María Macías
José Antonio Ballester
Julio Banacloche
Ignacio Astarloa
Leopoldo Calvo-Sotelo
Ramón Rodríguez Arribas



Libro gratuito. Prohibida su venta

La protección de la independencia judicial en la Unión Europea

*Prólogo de Javier Zarzalejos Nieto
Daniel Berzosa López (director)*

*Teresa Freixes Sanjuán
José María Macías Castaño
José Antonio Ballesteros Pascual
Julio Banacloche Palao
Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa
Leopoldo Calvo-Sotelo Ibáñez-Martín
Ramón Rodríguez Arribas*

Libro gratuito. Prohibida su venta.

Primera edición: Julio de 2023

© De los autores

© Grupo del Partido Popular Europeo

Todos los derechos reservados

Coordinación editorial y edición:

José Manuel de Torres

Maquetación y portada:

Paloma Cuesta

Impresión y encuadernación: Tadeo Trading S.L.

Depósito Legal: M-19559-2023

ÍNDICE

PRÓLOGO

Javier Zarzalejos Nieto..... 7

PRESENTACIÓN

UN PROBLEMA ACUCIANTE DE LA UNIÓN EUROPEA
Y DE LA DEMOCRACIA CONTEMPORÁNEA

Daniel Berzosa López 13

CAPÍTULO 1

LA IMPORTANCIA DEL PODER JUDICIAL EN EL ESQUEMA
DE LA DEMOCRACIA

Daniel Berzosa López 31

CAPÍTULO 2

LA INDEPENDENCIA JUDICIAL DE ORDEN EXTERNO
E INTERNO EN LA UNIÓN EUROPEA

Teresa Freixes Sanjuán 83

CAPÍTULO 3

LOS NOMBRAMIENTOS JUDICIALES Y EL PAPEL DE LOS CONSEJOS
DEL PODER JUDICIAL. EL EJEMPLO DEL CONSEJO GENERAL
DEL PODER JUDICIAL DE ESPAÑA

José María Macías Castaño 117

CAPÍTULO 4

LA REMUNERACIÓN, LA JUBILACIÓN Y LOS MECANISMOS
DE PRÓRROGA DE LAS FUNCIONES DE LOS JUECES Y EL RÉGIMEN
DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA

José Antonio Ballesteros Pascual 157

CAPÍTULO 5

LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LAS EXIGENCIAS
DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL EN LA UNIÓN EUROPEA

Julio Banacloche Palao 209

CAPÍTULO 6

LA INDEPENDENCIA JUDICIAL Y LA RELACIÓN ENTRE JUECES
EN LA UNIÓN EUROPEA

Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa 247

CAPÍTULO 7

EL SIGNIFICADO DEL ARTÍCULO 7 DEL TRATADO DE LA UNIÓN
EUROPEA PARA LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

Leopoldo Calvo-Sotelo Ibáñez-Martín 309

CAPÍTULO 8

EL RECURSO DE INCUMPLIMIENTO COMO INSTRUMENTO
DE DEFENSA DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

Ramón Rodríguez Arribas 353

JAVIER ZARZALEJOS NIETO

Miembro del Grupo Parlamentario Popular
del Parlamento Europeo (EPP Group)

Prólogo

AFIRMAR QUE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL ES UN PRESUPUESTO ESENCIAL DEL ESTADO DE DERECHO debería ser un lugar común innecesario. Desgraciadamente, tratar de la independencia judicial es un ejercicio pertinente en la actual situación de España caracterizada por el deterioro institucional debido a una agresiva pretensión del Gobierno de coalición de ocupar espacios de poder rompiendo los equilibrios constitucionales y democráticos.

La Constitución española consagra a la independencia judicial en términos concluyentes:

Título VI. Del Poder Judicial

Artículo 117

1. La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley.

2. Los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley.

3. El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.

El Consejo de Europa, a través de la Comisión de Venecia en el informe aprobado por el plenario de 12 y 13 de marzo de 2010 (CDL-AD (2010)004) definió los criterios legales y orgánicos que un ordenamiento debe cumplir para considerar que satisface las exigencias de la independencia judicial. Estos quedan resumidos en los siguientes:

- I) Los principios básicos que definen la independencia judicial deben tener rango constitucional;
- II) Las decisiones relativas al nombramiento y carrera profesional deben basarse en la apreciación objetiva del mérito, en el marco establecido legalmente;
- III) Las decisiones sobre nombramiento, carrera y régimen disciplinario deben adoptarse por un consejo judicial independiente, plural en su composición, pero en el que una parte sustancial de sus miembros, si no la mayoría, deben ser jueces, elegidos o nombrados por sus pares;
- IV) La condición de juez ha de ser permanente, sin nombramientos temporales, y los jueces han de ser inamovibles sin que quepan los traslados forzosos, salvo casos excepcionales;
- V) Remuneración digna y adecuada a sus funciones con eliminación progresiva de retribuciones no dinerarias y complementos discrecionales;

- VI) El presupuesto con el que se dote al poder judicial ha de respetar su independencia y cubrir la necesidad de medios;
- VII) Equilibrio entre el principio “sub iudice” y el derecho a la libertad de información y prensa;
- VIII) Las resoluciones judiciales no deben ser susceptibles de revisión fuera del sistema de recursos;
- IX) Independencia interna de los jueces, sin sometimiento jerárquico a otros jueces;
- X) Objetividad en el reparto de asuntos, salvo excepciones debidamente motivadas.

La independencia se predica de cada titular de la potestad jurisdiccional, no es un atributo corporativo y debe ser garantizada en el ejercicio concreto de esa función.

Sin embargo, para que la independencia sea una realidad, tiene que configurarse no sólo un marco legal en los términos que enuncia la Constitución sino un entorno social y político en el que esa independencia sea respetada y valorada. En ese sentido, la independencia resulta tanto de garantías como de exigencias que van desde los procesos de selección y formación de los jueces hasta las condiciones de su jubilación, pasando por el desarrollo de su carrera, el régimen disciplinario y las incompatibilidades. Esas características de inamovilidad, responsabilidad y sometimiento único a la ley que enuncia el artículo 117 de la Constitución son, en realidad, condiciones para la independencia de los jueces.

Sólo desde el cumplimiento de estas condiciones se puede asegurar que la justicia encuentra su curso legítimo y sólo desde estas condiciones la función jurisdiccional concita la confianza de los ciudadanos porque, como afirma la Comisión de Venecia: “la independencia de los jueces no es un fin en sí mismo. No es un pri-

vilegio personal de los jueces, sino que se justifica por la necesidad de hacer posible que los jueces cumplan con su función de guardianes de los derechos y de las libertades de los ciudadanos”.

Para ilustrar la importancia y la sensibilidad creciente hacia los casos de amenaza o incumplimiento de estas exigencias dentro de la Unión Europea, resulta ilustrativo el caso de Polonia. La reforma del sistema judicial en Polonia ha provocado la sujeción de este país al procedimiento del artículo 7 del Tratado de la Unión Europea precisamente por infringir estándares europeos reconocidos en lo que se refiere a las condiciones de la carrera profesional, el régimen disciplinario y el adelanto de la jubilación, junto con restricciones directas como la que limita, hasta casi anular, la posibilidad de que los jueces polacos planteen cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la UE. No hablamos, por tanto, de elaboraciones teóricas sino de una realidad que atrae cada vez una mayor atención, que tiene evidentes consecuencias reputacionales para el Estado en cuestión y de la que se pueden derivar también sanciones jurídicas y económicas.

Esta y otras situaciones de menoscabo de la independencia judicial ponen de manifiesto un motivo concluyente para cuidar esa garantía. Y es que los jueces y tribunales constituyen un poder vulnerable, es decir, un poder necesitado de una especial protección no sólo a través de su configuración constitucional y legal, sino mediante una cultura política que aleje las pretensiones de influir en la decisión de aquellos que tienen la potestad y la responsabilidad de juzgar.

En *“El Federalista”*, Alexander Hamilton afirma que “el Poder Judicial es, sin comparación, el más débil de los tres poderes”. Y añadía Hamilton que mientras el Ejecutivo tiene “la espada de la comunidad” y el Legislativo “el cofre del dinero”, el Judicial

“no tiene ninguna influencia sobre la espada ni sobre el dinero; no decide sobre la fortaleza o la riqueza de la sociedad y no puede en ningún caso adoptar medidas por propia iniciativa”.

La dotación de medios, la utilización de los variados resortes de poder y la capacidad para generar opiniones hostiles contra los jueces son formas –más directas unas, más sutiles otras– de menoscabar su independencia o bien de exponer a los jueces a presiones externas ilegítimas. Precisamente por esta razón resultan más inaceptables aún las estrategias de deslegitimación de los jueces cuando estas se llevan a cabo desde los poderes del Estado. No se trata de concebir a los jueces como seres abstractos alejados de la realidad, una realidad que el ordenamiento prevé que tenga vías de entrada en la interpretación y aplicación de la ley. Tampoco la independencia exige la construcción del juez como un ciudadano privado del derecho a sus propias convicciones políticas, religiosas, morales o estéticas. El derecho y deber de independencia no son contradictorios con los propios derechos y libertades que, en tanto que ciudadano, también corresponden a quien ejerce la función jurisdiccional. Sólo en las concepciones jurídico-ideológicas que abogan por el activismo judicial por encima de la seguridad jurídica, convirtiendo a los jueces en instrumentos subordinados a proyectos políticos determinados, pretendidamente transformadores, tiene cabida la desnaturalización ideológica de la función jurisdiccional. Aunque hayan existido casos que podrían encuadrarse en esta ideologización de la jurisdicción, han sido expresiones patológicas y absolutamente minoritarias. No es aceptable hacer de la jurisdicción una militancia ideológica.

Estos y otros temas que integran el concepto y las diferentes dimensiones de la independencia judicial encuentran en este volumen un tratamiento de excelencia académica y de análisis de la

realidad que convierten a esta obra –lo afirmo con toda convicción– en un texto de referencia, ahora especialmente necesario.

Bajo la dirección del profesor Daniel Berzosa, el grupo de expertos que ha contribuido a esta obra ofrece diferentes perspectivas de una realidad que encuentra en el acervo de la Unión Europea y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (TJUE) una protección creciente, como creciente es la exigencia de que los procesos legislativos internos, incluidos los constitucionales, ni signifiquen regresión ni menos aún socaven este principio sin el que no es posible hablar de Estado de derecho. El artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE) lo enuncia en términos breves pero significativos, tanto que son la base de la acción de las instituciones de la UE en favor del Estado de derecho.

La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de derecho y el respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías.

A todos los que han aportados sus estudios les expreso mi agradecimiento y al profesor Berzosa mi deuda por su entusiasmo y su interés en este proyecto que ha llevado a tan magnífico término.

DANIEL BERZOSA LÓPEZ

Director

Un problema acuciante de la Unión Europea y de la democracia contemporánea

LA LIBERTAD, LA IGUALDAD Y LA JUSTICIA, Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, no se mantienen por sí solos. No hay magia ni truco ni ensalmo para su preservación. En todas partes, siempre, están amenazados por cadenas como las que, según Rousseau, en todas partes también, aprisionan al ser humano¹. El logro y el prestigio intelectual del Estado constitucional, ideado para proteger aquellas exigencias elementales de una vida política que establezca las condiciones para la felicidad de las personas y su realización existencial, siguen intactos. No hay ninguna otra forma de organización política del Estado realizable que la supere, si lo que se desea naturalmente es respetar y proteger las antedichas exigencias. Cualquier fórmula que no sea la del Estado constitucional

¹ Cf. ROUSSEAU, J. J.: *El contrato social*. Ediciones y Distribuciones Alba. Madrid, 1987; p. 22: “El hombre ha nacido libre, y en todas partes se halla prisionero”.

conduce inmediatamente a la tiranía del dirigente y la esclavitud de los habitantes de ese Estado.

La historia que la humanidad carga a sus espaldas prueba definitivamente este hecho. Sin embargo, no cesan los ataques externos e internos contra la más grande construcción a favor de la libertad, la igualdad y la justicia, y los derechos de los individuos frente al poder del Estado, donde insertamos nuestras vidas. Es así, y sigue siendo así, desde su inicial fórmula como Estado burgués de derecho, Estado liberal de derecho o, simplemente, Estado de derecho, hasta la que se conoce con el nombre de Estado constitucional o democracia constitucional y que engloba no solo los principios, valores y normas del Estado de derecho, sino las evoluciones que, a favor de la libertad, la igualdad, la justicia y los derechos fundamentales este ha experimentado desde su instalación como sistema de organización política de los Estados de América y Europa, y, desde allí, en otros países del mundo.

La subsistencia real de la democracia requiere de una cooperación activa, incesante y sin desmayo de todos, más allá de las constituciones y del resto del ordenamiento jurídico de cada Estado. Más allá de lo normativo. El compromiso a favor de la democracia ha de ser una *conditio sine qua non* en los agentes políticos primarios que dirigen el poder del Estado (parlamentarios y gobernantes²) y sus funcionarios, y en los agentes políticos secundarios que garantizan que las reglas de la democracia y el derecho se respeten (jueces ordinarios y constitucionales) y, claro está, en una contundente mayoría social encabezada por los operadores políticos

² Aunque ya se sabe que este orden lógico político y jurídico se ha quebrado, y es en realidad gobernante y legislador; cuando no más exactamente es solo gobernante-legislador.

(partidos, sindicatos y grupos de presión) y determinadores de la opinión (medios). El establecimiento y mantenimiento de la democracia es una obra permanente de todos.

Cuando los dirigentes del Estado constitucional (poderes legislativo y ejecutivo) están calados –porque se han entregado, se han contaminado o han sido seducidos– de esencia del poder, la libertad, la igualdad, la justicia y los derechos fundamentales comienzan a morir. Si con estos, por causas externas o internas, o de ambas clases, concurren los garantes del Estado constitucional (poderes judicial y de control constitucional), es segura la muerte de este, es decir, de la democracia. Y solo queda la fuerza, más teórica que operativa, de la sociedad para una reconstrucción cuasi imposible. No es esto último, por importante que sea –que lo es–, el objeto que movió a preparar este libro, por lo que no me puedo extender ahora en ello.

La preocupación y acotación que llevó a considerar oportuno la composición de una obra como la que el lector tiene en sus manos parte de la observación de los preocupantes –por sí mismos y por reiterados y mantenidos en el tiempo– movimientos que se constatan en las democracias occidentales por los partidos políticos populistas y nacionalistas o los que sin serlo en origen son conniventes con esta forma de acción política, que, al alcanzar el poder legislativo y, a continuación, el poder ejecutivo, han provocado una fusión de ambos, más o menos intensa, en forma de espurio poder ejecutivo-legislativo. Esta deriva no solo amenaza al Estado de derecho en tanto que supone una quiebra de la división de poderes, sino que, en la lógica inmanente del poder, acaba operando, cuando menos, sin respeto de las reglas no escritas de la democracia para que esta pueda funcionar y desenvolverse correctamente, y trata de apoderarse también, si es que no lo ha conseguido ya en algunos Estados democráticos, del Poder Judicial. En estos casos, han dejado de ser democracias para

degenerar en autocracias o, en el más disimulado y peor de los supuestos, “democracias totalitarias” (Talmon).

Porque este asunto afecta directa y profundamente a la dinámica del Estado constitucional y la Unión Europea se basa en la asunción y firme defensa de dicha clase de Estado y de los principios, valores y normas que le son anejos, afecta a los fundamentos sobre los que se asienta la construcción de la Unión. Este trabajo colectivo que he tenido el honor de alentar y, ahora, el lujo de presentar reúne a un grupo plural de excepcionales juristas de primer nivel nacional, europeo e internacional, que ha reflexionado sobre distintos aspectos de uno de los problemas más acuciantes y cruciales de la realidad política de la democracia contemporánea, y que afecta, de una manera directa y decisiva, a uno de los supuestos estructurales de la Unión Europea, de los Estados que la integran y de las demás democracias del mundo.

Teresa Freixes Sanjuán se ha centrado en la independencia judicial de orden externo e interno en la Unión Europea y ha sintetizado sus principales problemas con la brillantez que la caracteriza. Partiendo de la formulación inicial del Estado de derecho, la independencia del juez, es decir, de los órganos que juzgan y hacen ejecutar lo juzgado, aprecia una evolución en la posición del Poder Judicial en el seno de los poderes del Estado y la repercusión que ha tenido en la Unión Europea como organización supranacional que también se fundamenta, como sus Estados miembros, en el Estado de derecho, la democracia y los derechos humanos.

Teniendo en cuenta que la independencia judicial tiene su manifestación interna, frente a los jueces que no son el juez del caso o frente a las partes, además de su manifestación externa, especialmente frente al resto de poderes públicos y frente a los particulares más o menos organizados como grupos de presión o grupos de in-

terés, destaca los indicadores que podrían reforzar las garantías existentes para que esa independencia no sea puesta en riesgo y sea realmente efectiva. La finalidad del establecimiento de estos instrumentos de garantía de la independencia de cualquier órgano judicial se dirige a preservar la independencia, y la apariencia de independencia, no solo *de iure*, sino también *de facto*, para que la sociedad y los justiciables no tengan dudas acerca del respeto de los derechos cuando se imparte justicia.

También ha examinado el modo como las regulaciones internacionales y europeas, complementando las garantías constitucionales internas, contribuyen a garantizar esa independencia interna y externa que es inherente a la configuración de la independencia del poder judicial. Estudia las iniciales regulaciones del Consejo de Europa, las que han seguido de la Unión Europea e instrumentos como la Comisión de Venecia. Mención especial le merecen el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Su interpretación, que ha de ser seguida por los Estados miembros de ambas, conforma indirectamente un *Espacio Europeo de Justicia*.

Freixes sabe que la construcción europea de la Justicia no está acabada y que existen algunos problemas en torno a esa garantía del Estado de derecho. Por eso se hace eco de las razones por las que, en la *Conferencia sobre el futuro de Europa*, se proponen sendas reformas en algunos de los instrumentos de cooperación judicial que, si no se abordan, pueden generar quiebras en el principio de confianza mutua que debe presidir la actuación de los jueces en los distintos países de la UE. El Estado de derecho exige que todo obtenga debida respuesta y, sobre todo, la ciudadanía europea lo necesita como importante elemento de conformación de la Europa que queremos.

José María Macías Castaño se ha ocupado de los nombramientos judiciales y el papel de los consejos del poder judicial, con especial atención al Consejo General del Poder Judicial de España (CGPJ). Sostiene que si hay algo que justifica la existencia de los consejos del poder judicial son los nombramientos judiciales, porque implican el ingreso en la carrera judicial y, con ello, en el poder judicial, y porque suponen la promoción o el ascenso de sus miembros, así como la inspección y el ejercicio de la potestad disciplinaria sobre los jueces. Esos elementos (ingreso, promoción, inspección y disciplina) constituyen el núcleo irreductible de las funciones del CGPJ en España.

Pese a la esencialidad de esa función del CGPJ, la determinación del sistema de nombramiento de los cargos judiciales es una tarea propia del legislador, que tiene que desarrollarse con arreglo a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, con respeto de la función que al CGPJ corresponde como órgano de gobierno del poder judicial garante de su independencia. Esa tarea no es pacífica ni doctrinal ni jurisprudencialmente, hasta el punto de que, hasta fecha bien reciente, las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre esta materia han calificado a menudo su propia doctrina de “jurisprudencia en tránsito”.

La polémica sobre el sistema de nombramientos establecido y sobre la forma como se aplica va unida a la polémica sobre el sistema de elección de los vocales de origen judicial del CGPJ. La aparente politización del CGPJ y la sospecha que se alimenta de esa apariencia han llevado y llevan a la conclusión de que es precisamente la voluntad de ejercer una influencia política en la designación de los altos cargos judiciales lo que explica determinados planteamientos inmovilistas, que se resisten a la aplicación de los estándares europeos de Estado de derecho en cuanto a la fórmula

de designación de los vocales de origen judicial del CGPJ y que se empeñan en mantener la influencia de los partidos políticos a través de las Cortes Generales, que designan a la totalidad de sus veinte miembros, incluidos los doce de origen judicial.

La jurisprudencia reciente del TJUE y del TEDH marca un antes y un después en esa polémica, en cuanto que ha vinculado la composición y origen de los miembros judiciales de los consejos de Justicia (como es el CGPJ) y su función de nombramiento de los cargos judiciales con el respeto a los artículos 2 y 19.1 TUE y 47 CDFUE, por un lado, y el artículo 6 CEDH por el otro. Estima Macías, por ello, que el sistema de nombramientos judiciales actualmente vigente y aplicable en España es el adecuado en cuanto modelo o fórmula correcta para asegurar la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad, solo pendiente de algún ajuste menor.

José Antonio Ballester Pascual inicia su reflexión por el sistema retributivo de los jueces con la aseveración contenida en la Carta Magna de los Jueces, proclamada en Luxemburgo el 17 de noviembre de 2010 por el Consejo Consultivo de Jueces Europeos del Consejo de Europa, y que incide en la capital relevancia de un salario adecuado para asegurar, en su aspecto de empleados públicos sujetos a un estatuto profesional, la independencia de los jueces con un modo de vida garante de esa ya aludida dignidad de la función jurisdiccional y alta posición de los jueces en el Estado de derecho, de modo tal que se acuda y permanezca en la carrera judicial, en una sociedad altamente competitiva, no solo por fundamentales razones psicológicas o de ética pública. La enorme responsabilidad de sus tareas constitucionales y sus severas incompatibilidades, imprescindible para evitar injerencias e intromisiones, convierten la independencia económica en una parte integrante del estatus de los jueces.

En cuanto al sistema de responsabilidad judicial legal (disciplinaria, civil y penal), constituye la garantía de la existencia y pervivencia de un juez europeo inamovible, independiente, sujeto solo al imperio de la ley, técnico y profesional, como requisitos ineludibles e indispensables al servicio del Estado de derecho. Esto impone la constante actualización de la predicada y potencial prevalencia de la ley a través de la realización del derecho a la tutela judicial efectiva. Por eso, si el juez que resuelve no reúne, entre otras, estas características, no estaremos en presencia de un juicio justo, del proceso debido. De otra manera, nada aseguraría que los jueces cumplieren su alta función social por la que se les atribuye la calidad de titulares de un poder del Estado. El Estado constitucional exige mecanismos de control para que todas las instituciones constitucionales respondan al fin para el que fueron creadas por el soberano poder constituyente, y el poder judicial no es una excepción. La responsabilidad del juez despliega sus efectos tanto a favor de la sociedad como del mismo juez, pues posibilita y consolida un estatus que le permite sujetarse únicamente al imperio de la ley.

Ballestero apoya su trabajo en una consolidada jurisprudencia y, en esta parte de su capítulo, invoca la sentencia TEDH de 8 de noviembre de 2021 (Dolinska-Ficek y Omicecz contra Polonia, párrafo 228), que dice que “dado el lugar destacado que ocupa el Poder Judicial en los órganos del Estado en una sociedad democrática y la creciente importancia que se concede a la separación de poderes y a la necesidad de salvaguardar la independencia del Poder Judicial..., el Tribunal debe prestar especial atención a la protección a los miembros del Poder Judicial contra las medidas que afecten a su estatuto o carrera que puedan amenazar su independencia y autonomía judicial”.

Julio Banacloche Palao afronta el aspecto de la tutela judicial efectiva y las exigencias de la independencia judicial en la Unión Eu-

ropea. Recuerda que la independencia judicial aparece concebida como un requisito esencial para la existencia de un Estado de derecho, que no opera realmente si no está garantizada la separación de poderes, como bien señalaba el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 26 de agosto de 1789: “Toda sociedad en la cual la garantía de derechos no está asegurada, ni la separación de los poderes determinada, no tiene Constitución”.

Hay que tener en cuenta que, en un Estado liberal, quien garantiza los derechos de los ciudadanos sobre quien ejerce el poder sobre las personas (sea mediante la imposición de normas o a través de su aplicación) es precisamente el poder judicial. De ahí que sea imprescindible que dicho poder esté separado de los demás y resulte institucional y jurídicamente protegido de la presión que los otros poderes puedan ejercer sobre él. De no ser así, la Constitución –entendida en su dimensión de norma fundamental fruto del consenso social que reconoce y garantiza el ejercicio y disfrute de los derechos y libertades fundamentales– termina siendo un texto puramente formal, sometido a los designios e intereses de aquellos que ejercen el poder de facto en una sociedad.

Teniendo en cuenta todo lo referente a la tutela judicial efectiva y a las exigencias de la independencia judicial en la Unión Europea, se constata que, tanto en el ordenamiento jurídico español³, como en la normativa de la Unión Europea, cualquier persona tiene derecho a la tutela por parte de los órganos del poder judicial, y eso incluye el derecho a que el tribunal que decide su asunto sea independiente e

³ La Constitución española lo reconoce así al establecer en su artículo 53.2 que “cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad”.

imparcial. La cuestión es qué debe entenderse por juez independiente. Y es en este punto donde el TJUE ha ido más allá que el Tribunal Constitucional de España, exigiendo rodear a sus tribunales nacionales de unas garantías en cuanto a la forma de elección de sus integrantes, así como de quien ejerce las funciones de promoción y control sobre ellos, que no se han implementado aún en España.

Por lo tanto, concluye Banacloche, para evitar que en algún momento se pueda poner en cuestión la independencia del poder judicial, resulta indispensable que se proceda a remover del ordenamiento aquellas disposiciones legales que suponen una injerencia de los poderes ejecutivo y legislativo en el poder judicial.

Ignacio Astarloa Huarte-Mendicoa acomete la cuestión de la independencia judicial y la relación entre jueces en Europa. Parte su trabajo de la afirmación de que la confianza entre jueces europeos es un elemento fundamental para la Unión Europea y lo orienta hacia el reto de salvaguardar la confianza en la relación entre los jueces europeos. Así como la primera conformación de la Comunidad Económica Europea no puso en primer plano una unión jurídica, el crecimiento de la Unión Europea tuvo y tiene que desarrollarse inevitablemente también como una “Comunidad de Derecho”, comunidad que constituye hoy un elemento estructural fundamental para el mantenimiento y progreso del mercado interior en un espacio sin fronteras interiores y para consolidar la sustancia constitucional de la Unión sobre la base de unos valores y unos principios que se comparten y se aplican por todos.

Salvaguardar el principio de confianza en la relación entre los jueces europeos en un escenario en el que las instituciones europeas están utilizando medios extraordinarios respecto de los poderes judiciales de algunos Estados miembros, no es sencillo. Presunciones al margen, lo cierto es que, sin independencia judicial

no cabe confianza, sin confianza no puede funcionar el reconocimiento mutuo de decisiones y sin la cooperación por la vía del reconocimiento mutuo no cabe desarrollar la comunidad jurídica que hace posible el desarrollo de la Unión Europea.

Así que, al igual que en el momento fundacional de la cooperación judicial penal hubo que superar numerosos y no menores inconvenientes, ahora toca superar las dificultades que plantea este momento no sencillo en la evolución de la comunidad jurídica europea. Tiene razón el Parlamento cuando, ante la situación actual, ha mostrado su convicción sobre la necesidad de actualizar el régimen jurídico del reconocimiento mutuo en la justicia penal y, concretamente, en su piedra angular, la euroorden, para fortalecerla. Convicción en la que, además, ha incorporado ya entre las razones principales para la reforma “la necesidad de proteger los procesos democráticos y el Estado de derecho” (junto a otras como las nuevas formas de delincuencia organizada, el impacto exponencial de la criminalidad en internet, o la persistencia de la amenaza terrorista).

En el momento presente, cree Astarloa que ya no se trata tan solo de ajustar detalles en las reglas de la euroorden, sino de afrontar las dificultades para salvaguardar la confianza que hace posible la cooperación entre los jueces europeos. Hay que fortalecer los instrumentos de reconocimiento mutuo, fijar su régimen jurídico dentro de contornos seguros y prever las repercusiones cruzadas de este conjunto complejo de cuestiones que, girando alrededor de la independencia judicial, afectan confusamente, al mismo tiempo pero no de la misma manera, a la protección por las instituciones comunitarias de los valores de la Unión y a los procedimientos de cooperación en materia penal entre los jueces de los países miembros (y, a la postre, al ejercicio de la justicia no condicionada por unas fronteras que ya no existen para todo lo demás).

Leopoldo Calvo-Sotelo Ibáñez-Martín escribe sobre el significado del artículo 7 del Tratado de la Unión Europea (TUE) para la independencia judicial. Este precepto ha tenido hasta la fecha la aplicación escasa y fragmentaria que corresponde a una norma de Derecho excepcional; pero su alcance, en lo que hace a las relaciones entre el Derecho de la Unión Europea y los ordenamientos de los Estados miembros, ha sido de tal magnitud que su estudio requiere una breve introducción histórica, cuyo punto de partida ha de ser la concepción dualista clásica de la relación del Derecho internacional con los Derechos internos de los Estados.

A continuación, disecciona los casos de Polonia y Hungría con tal detalle y suculencia que sería ocioso por mi parte pretender condensar en estas líneas de presentación, por fuerza, breves y urgentes, cuanto escribe. El lector deberá, como en las demás contribuciones de esta obra, sumergirse en la totalidad de sus páginas. El caso es que ni la Propuesta de la Comisión sobre Polonia ni la Resolución del Parlamento Europeo sobre Hungría han ido seguidas por decisiones del Consejo constatando un riesgo claro de violación grave del Estado de derecho en esos dos países. Ello no quiere decir, sin embargo, que haya que certificar la inutilidad del mecanismo previsto en el artículo 7 TUE. Ocurre que en defensa del Estado de derecho en Europa se ha alzado una polifonía de voces y todas son útiles en el intento.

En realidad, la dimensión polifónica de esa defensa quedó ampliamente reflejada tanto en la Propuesta de la Comisión sobre Polonia como en la Resolución del Parlamento Europeo sobre Hungría. La importancia que la Comisión concede a esa dimensión se ve en que la menciona en la breve “Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la constatación de un riesgo claro de violación grave del Estado de derecho por parte de la República de Polonia”. En

cuanto a la aplicación del artículo 7 TUE, la Comisión de Venecia ha representado un papel semejante al que la función consultiva de alto nivel desempeña en algunos Estados miembros de la Unión Europea. Con todo, más importante que la suma de voces con que la Comisión Europea trata de aquilatar la autoridad de su Propuesta sobre Polonia es el esfuerzo del TJUE en defensa de la independencia judicial. Cuestión distinta y sensible es determinar la influencia que pueden tener sus sentencias sobre los dos procedimientos iniciados al amparo del citado precepto. Hasta el momento, escribe Calvo-Sotelo, el artículo 7 TUE ha cumplido una función útil en la polifonía europea defensora del Estado de derecho. Tal función ha consistido, como mínimo, en propiciar una definición institucional del principio de independencia judicial, elemento esencial de ese Estado de derecho que el artículo 2 TUE menciona, pero no define.

Ramón Rodríguez Arribas reflexiona sobre el recurso de incumplimiento como instrumento de defensa de la independencia judicial. Todas las declaraciones y la descripción de estándares del Estado de derecho por la Unión Europea necesitan de una efectividad práctica, para el caso de no ser atendidas por los Estados miembros y, a dicho fin, ha resultado de utilidad suma la aplicación del recurso de incumplimiento. La exigencia de la independencia de los jueces y del órgano de gobierno del poder judicial en el ordenamiento jurídico de la Unión se funda, por una parte, en unas premisas sustantivas, y, por otra parte, se articula en unas normas procesales. Estas se recogen en los preceptos correspondientes de los tratados sobre el recurso por incumplimiento (artículos 258 a 260 del TFUE).

Se establece una intervención inicial de la Comisión como órgano administrativo principal de la Unión Europea, para tratar de conseguir que el Estado miembro incumplidor enmiende su con-

ducta voluntariamente y, en caso contrario, se faculta a la Comisión para recurrir al TJUE. Esta es, pues, una herramienta de carácter interno de la Unión Europea para poner remedio a cualquier desviación en la actuación de alguno de sus miembros, abriendo una vía política y administrativa, previa al recurso judicial. A continuación, se puede ejercitar una acción directa de cualquier Estado miembro para acudir al TJUE mediante el recurso de incumplimiento, cuando este último se haya podido producir por parte de algún Estado miembro; si bien previamente ha de someter el asunto a la Comisión, que ha de emitir un dictamen motivado después de oír las observaciones que puedan hacer los Estados que intervengan en el procedimiento. Sin embargo, si el dictamen de la Comisión no se produce en tres meses desde la fecha de la solicitud, no impedirá el ejercicio del recurso de incumplimiento.

Rodríguez Arribas advierte el enorme poder de coacción económica de la Unión Europea frente a los Estados miembros en el recurso de incumplimiento para obligarles a cumplir el precepto desacatado. En el TFUE se establece la obligación de cumplimiento de la sentencia del tribunal si declara que se ha producido el incumplimiento de alguna de las obligaciones impuestas por los Tratados a los Estados miembros. El Estado afectado ha de adoptar voluntariamente las medidas necesarias para la propia ejecución de la sentencia del TJUE. La Comisión Europea está habilitada para vigilar que el Estado miembro afectado adopte voluntariamente las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia y, en caso de no hacerlo, ella misma puede someter al tribunal tal situación, si bien antes debe de oír también al Estado afectado sobre dicho cumplimiento.

Como viene reiterando la Comisión Europea, “la independencia judicial es un elemento fundamental de un sistema judicial eficaz. Es de vital importancia para la defensa del Estado de dere-

cho, la imparcialidad de los procedimientos judiciales y la confianza de los ciudadanos y las empresas en el sistema judicial. Por esta razón, toda reforma de la Justicia debe respetar el Estado de derecho y cumplir las normas europeas sobre independencia judicial”⁴.

⁴ Tomado del último *Cuadro de indicadores de la justicia en la UE*, que repite esta parte en los anteriores: “Judicial independence is a fundamental element of an effective justice system. It is vital for upholding the rule of law, the fairness of judicial proceedings and the trust of citizens and businesses in the legal system. For this reason, any justice reform should uphold the rule of law and comply with European standards on judicial independence” (*The 2022 EU Justice Scoreboard- Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions* COM (2022) 234; p. 50). Véanse también los *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*, adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985:

1. *La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura.*
2. *Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo.*
3. *La judicatura será competente en todas las cuestiones de índole judicial y tendrá autoridad exclusiva para decidir si una cuestión que le haya sido sometida está dentro de la competencia que le haya atribuido la ley.*
4. *No se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial, ni se someterán a revisión las decisiones judiciales de los tribunales. Este principio se aplicará sin menoscabo de la vía de revisión judicial ni de la mitigación o conmutación de las penas impuestas por la judicatura efectuada por las autoridades administrativas de conformidad con lo dispuesto en la ley.*
5. *Toda persona tendrá derecho a ser juzgada por los tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. No se crearán tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios.*
6. *El principio de la independencia de la judicatura autoriza y obliga a la judicatura a garantizar que el procedimiento judicial se desarrolle conforme a derecho, así como el respeto de los derechos de las partes.*
7. *Cada Estado miembro proporcionará recursos adecuados para que la judicatura pueda desempeñar debidamente sus funciones.*

Todavía en 1980, el mundo se presentaba bipolar. Por un lado, persistía la confrontación Este-Oeste (Estados Unidos y sus aliados-Unión Soviética y sus aliados) o democracia frente a dictadura, y, por otro lado, la Norte-Sur (derivada de los procesos de descolonización). Apenas nueve años después, en 1989, con la caída del muro de Berlín y la subsiguiente disolución de la URSS, se inició un periodo en el que Occidente, con Estados Unidos y Europa al frente, dio por supuesto que el triunfo del Estado constitucional, es decir, de la democracia, era definitivo e irreversible. Hasta algún intelectual de relevancia pública proclamó el “fin de la historia” desde el punto de vista de las luchas ideológicas. Sin embargo, se cumplió el contradictorio enunciado, pero cierto, que reza que la semilla del fracaso está en el éxito.

Los procesos de regresión padecidos en algunos Estados europeos en los últimos diez años han evidenciado que la supervivencia del Estado constitucional no puede darse por supuesta. Ha resurgido, así, una nueva lucha por el Estado de derecho en la que sus defensores han encontrado un aliado poderoso en la integración europea⁵. La pertenencia a la Unión Europea y al Consejo de Europa está actuando como un límite relevante, aunque no del todo eficaz, frente a estos retrocesos. Uno de los campos de batalla principales ha sido, y continúa siendo, la protección de la independencia judicial, verdadera condición existencial del Estado constitucional y de la Unión Europea.

No quiero terminar esta presentación sin reiterar públicamente mi gratitud a todos los autores por su fructífera colaboración y activo compromiso para que la realización de esta obra haya sido

⁵ Cf. BUSTOS GISBERT, R.: *Independencia judicial e integración europea*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2020.

posible: Teresa Freixes, José María Macías, José Antonio Ballester, Julio Banacloche, Ignacio Astarloa, Leopoldo Calvo-Sotelo y Ramón Rodríguez Arribas. Capítulo aparte y singular mención corresponde, en este párrafo de agradecimientos, al Grupo del Partido Popular Europeo en el Parlamento Europeo y a su dinámico diputado, Javier Zarzalejos, sin cuya acogida esta obra no habría sido posible.

DANIEL BERZOSA LÓPEZ

Abogado. Doctor europeo por la Universidad de Bolonia. Académico de número de la Real Academia Europea de Doctores. Profesor coordinador de Derecho Constitucional de CUNEF Universidad

La importancia del poder judicial en el esquema de la democracia

1. Introducción

Es la propia concepción del *Estado constitucional* como un régimen de garantías la que ha venido a determinar originalmente la función judicial como una actividad separada y, a la postre, decisiva dentro de las posibles funciones o poderes en que se ha de distribuir el poder único del Estado y, como consecuencia de la evolución experimentada en estos casi doscientos cincuenta años, desde las revoluciones que dieron lugar al sistema que conjuga libertad y democracia, esta haya adquirido la auténtica naturaleza de un poder y no solo una función del Estado que se pudiera entender dependiente en modo alguno del poder ejecutivo (en tanto que expresión central del originario poder absoluto del monarca), sino que ha de ser independiente para poder llevar a cabo la misión que tiene encomendada en el delicado y esforzado juego de equilibrios en los que se basa el régimen democrático rectamente entendido y que fue el objeto principal de las revoluciones burguesas que acabaron

con el poder absoluto de los reyes del antiguo régimen; esto es, la defensa de la libertad y la igualdad.

La tarea del poder judicial, como ya enseñaba y orientaba Posada, “al constituirse como un sistema de instituciones para aplicar justamente las normas jurídicas, establece el orden de garantías defensivas –jurisdiccionales– de los derechos de todos frente a todos; en cierto sentido, la función judicial, con sus procedimientos, sus juicios, sus decisiones, su protección del derecho concreto, mediante un sistema de solemnidades y recursos, viene a dar significación y eficacia prácticas al Derecho constitucional como régimen de garantías jurídicas, merced a la seguridad que su acción difunde de que el Derecho será puesto en claro cuando su aplicación suscite dudas y no será violado, o si lo fuere, será restaurado”¹.

No hay duda en los actuales Estados democráticos que integran la Unión Europea –en tanto que es requisito inexcusable para formar parte de ella respetar y aplicar los principios, exigencias y reglas del *Estado de derecho* que la necesidad y la realidad estructural– que la determinación constitucional de órganos o instituciones de la misión judicial implica la elevación de esta función a la categoría de un poder del Estado. No es una extensión del poder ejecutivo más o menos autónoma, según lo que determina el poder legislativo, sino que desarrolla una tarea sustantiva que responde en su organización a la misma ley que el poder legislativo, con un ámbito propio, relativamente soberano, por tener su fundamento y su fuente de legitimación en la conciencia nacional y en las necesidades del Estado constitucional. La especialización funcional y estructural de lo judicial ha de ser

¹ POSADA, A.: *Tratado de Derecho Político*, 2. Librería General de Victoriano Suárez. Madrid, 1916; pp. 530 s. Véase también la nota de la página 531 de la obra citada.

necesariamente diferente de lo legislativo y lo ejecutivo en un régimen democrático. La función judicial debe ser *poder judicial* en un Estado democrático, porque es también una manifestación de soberanía y su acción de garantía tiene la fuerza moral y política de las funciones que solo dependen de la ley o del derecho².

No es el momento para indicar las dificultades que esta concepción ha generado y, aparentemente, se han resuelto o detectado con la experiencia y el firme deseo de consolidar sociedades de individuos libres e iguales, y, sin embargo, siguen manifestándose de un modo u otro, y enturbiando el lógico desarrollo del Estado constitucional hacia una función judicial efectivamente independiente de los otros poderes del Estado, sometida únicamente a la Constitución y las leyes. Esta tensión se constata en la forma de regular la distinción de poderes en cada régimen constitucional concreto y está unida a la tradición y cultura política democrática de cada país.

La distinta aproximación al problema en las revoluciones norteamericana y francesa del siglo XVIII marcan su devenir. Esta última recelaba radicalmente de los jueces por haber sido instrumento del poder absoluto del rey y lo confiaba ingenuamente todo a un legislador virtuoso que representara sin mácula las aspiraciones de la nación; en la americana, por el contrario, la principal desconfianza se dirigía al legislador, ante el temor fundado de que pudiera devenir en un tirano peor que el monarca absoluto con brazo perfecto en el poder ejecutivo, al haberse convertido el legislativo en único intérprete de la voluntad general de los ciudadanos e instancia que concentraba todo el poder³.

² Sobre estas ideas, véase DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, II. Ancienne Librairie Fontemoing & Cie. Paris, 1923; en especial, el párrafo 29.

³ Cf. FIORAVANTI, M.: *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*. Editorial Trotta. Madrid, 1996; pp. 19-48.

2. Libertad y poder judicial

La libertad y el poder judicial están estrechamente relacionados en una democracia. La libertad individual es la raíz del sistema de gobierno democrático o representativo, y el poder judicial es clave en la protección y preservación de la libertad. El poder judicial tiene la tarea de aplicar la ley con independencia y de manera imparcial y justa, sin presiones o interferencia de otros poderes del gobierno o de fuerzas políticas externas. Si los jueces y tribunales no actúan de este modo por propia decisión o porque se les impide, no solo es el sistema de justicia el que pierde toda credibilidad, sino la libertad y la democracia. El poder judicial es un contrapeso imprescindible del poder de otros poderes del Estado en garantía de la supremacía del derecho frente a la arbitrariedad o la tiranía de la mayoría⁴.

2.1. La libertad como primer motivo de las revoluciones democráticas contemporáneas

Como escribió Pedro de Vega, siguiendo a Bastid, hay un autor imprescindible para entender correctamente el motivo y objetivo básico de las revoluciones burguesas frente al sistema de poder que había devenido en el régimen de la monarquía absoluta en la Europa moderna. Se trata de Benjamin Constant (1767-1830), quien “más allá de los vaivenes de su azarosa vida política, que forzosamente tenían que verse reflejados en sus formulaciones teóricas, supo enfocar los problemas y plantear los grandes interrogantes de un mundo político que vivió como protagonista preeminente, desde la atalaya del intelectual que, operando con principios y categorías

⁴ Sobre este riesgo real en el correcto funcionamiento de la democracia, véase TOCQUEVILLE, A de.: *La democracia en América*, I. Alianza Editorial. Madrid, 1998; pp. 236 ss.

universales, podía otorgar a sus respuestas una dimensión histórica también universal”⁵. Isaiah Berlin describió a Constant como “el más elocuente defensor de la libertad y la privacidad y, teniendo presente la dictadura jacobina, declaró que, al menos, la libertad de religión, de opinión, de expresión y de propiedad deberían estar garantizados contra la invasión arbitraria”⁶.

Que la centralidad de la aspiración a la libertad en todo proceso político, aun cuando desde la contemporaneidad no se pueda separar lógicamente de la igualdad, sigue estando vigente lo confirma Hans Kelsen más de un siglo después en *Esencia y valor de la democracia*. Allí se contiene su certera afirmación de que el objeto de toda discusión política, de la misma política, será siempre la libertad⁷. Si la reflexión y la dirección del poder del Estado y de cómo se organiza para su ejercicio debe interesar a todas las personas, antes que nada, debe serlo porque incide en su libertad, es decir, en la libertad de los individuos⁸.

Este punto es decisivo porque será Constant quien advierta que la libertad que está en el fondo y es motor de las revoluciones

⁵ DE VEGA, P.: “El poder moderador”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n.º 116, abril-junio 2002; p. 8.

⁶ BERLIN, I.: *The proper study of mankind. An anthology of essays*. Farrar, Straus & Giroux. New York, 1998; pp. 191 ss.

⁷ KELSEN, H.: *Esencia y valor de la democracia*. Omega. Barcelona, 1987; p. 18: “La importancia inmensa, inconcebible, que posee la idea de libertad en la ideología política, solamente es explicable buscando su origen en una recóndita fuente del espíritu humano y en aquel instinto primitivo hostil al Estado que enfrenta al individuo con la sociedad. Y, sin embargo, este pensamiento de libertad por un fenómeno casi misterioso de autosugestión se trueca en el mero anhelo hacia una determinada posición del individuo dentro de la sociedad”.

⁸ Véase el capítulo VIII, dedicado a la técnica de la libertad, según Madison, en HERMOSA, A.: *Libertad y paz: una existencia problemática y una coexistencia conflictiva*. Westfalia Press. Washington DC, 2022; pp. 151-182.

que traen la democracia al mundo (y que denomina “libertad de los modernos”) se concibe como un nuevo concepto de libertad, la libertad individual, principalmente, frente a la libertad que llamará “libertad de los antiguos”, que se entiende como el derecho de participar en los asuntos públicos, una especie de libertad colectiva y directo de la soberanía, que conduce al individuo inevitablemente a estar sometido a la masa. La libertad así entendida consistía en los Estados de la Antigüedad “en deliberar, en la plaza pública, sobre la guerra y la paz; en concluir alianzas con los extranjeros; en votar las leyes; en pronunciar sentencias; en examinar las cuentas, los actos, la gestión de los magistrados, en hacerlos comparecer ante todo el pueblo, acusarlos, condenarlos o absolverlos”. Lo que no era asombrosamente incompatible con “la completa sumisión del individuo a la autoridad del conjunto”⁹ y significaba, aun en el Estado más libre de aquella época, Atenas, que “el individuo estaba mucho más sometido a la supervivencia del cuerpo social de lo que lo está hoy en cualquier Estado libre de Europa, como lo prueba la existencia de los ostracismos”¹⁰. En suma, en la Antigüedad, siguiendo a Condorcet, no se tenía noción alguna de los derechos individuales. Esta confusión de libertades “ha causado muchos males entre nosotros en el transcurso de algunas etapas tristemente célebres de nuestra revolución”¹¹. El propio Kelsen subraya esta idea cuando escribe que “la metamorfosis

⁹ Ambos entrecomillados están en CONSTANT, B.: “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, en *Escritos políticos*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1989; p. 260.

¹⁰ CONSTANT, ob. cit.; p. 267. Que concluye sobre el ostracismo: “Arbitrariedad legal alabada por todos los legisladores de la época, que nos parece y debe parecer una escandalosa iniquidad”. Vuelve sobre el tema en las páginas 276 y siguientes.

¹¹ *Idem*; p. 257.

de la idea de libertad conduce de la idea a la realidad de la democracia”¹². A lo que me referiré más adelante.

Este nuevo concepto revolucionario de libertad viene obligado también porque aquellas escasas sociedades antiguas, donde se pudo practicar la libertad, exigían un gran compromiso por parte de los ciudadanos y la existencia de esclavos que sacaran adelante el trabajo, que permitieran a los ciudadanos estar todo el día debatiendo acerca de los problemas que concernían a sus Estados y tomando las decisiones pertinentes o aprobando las leyes oportunas. A finales del siglo XVIII, al aparecer la sociedad basada en el comercio y desaparecer la esclavitud, la libertad no se podía entender ya como esa mera participación en los asuntos públicos (democracia directa o de la identidad¹³), sino que era necesario establecer la libertad del individuo frente a las posibles intervenciones del Estado o la sociedad y fijar un nuevo Parlamento, donde se pudieran discutir los problemas que les preocupaban solo por sus representantes, consintiendo a los demás hacer el trabajo que ya no harían los esclavos.

Esto se debió a que el proceso revolucionario había constituido un fenómeno histórico irreversible, lo que impedía cualquier solución que estuviera conectada no ya con el Antiguo Régimen, sino con la misma Antigüedad, por mucho que algunas de sus instituciones, más o menos idealizadas, sirvieran de inspiración del nuevo sistema político. Y, por otro lado, Constant albergaba “la convicción profunda de que la defensa de la causa de la libertad representaba una operación más compleja y difícil que la consagrada

¹² KELSEN, ob. cit; p. 29.

¹³ Sobre los dos principios políticos-formales (identidad y representación), véase SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución*. Alianza Editorial. Madrid, 1996; pp. 205 ss.

en los múltiples panfletos aparecidos en el curso de la revolución”¹⁴. Convicción que cualquier persona racional y no entregada a la dinámica de poder ha de compartir sin reservas.

En ese conflicto de legitimidades surgido tras las revoluciones burguesas, entre el principio democrático y el principio liberal, entre determinar quién tiene el poder y el modo como se ejerce, no quedaba otra solución que aunar de forma inseparable ambas legitimidades. Pues, en caso contrario, como más adelante se ha comprobado y, lamentablemente, se sigue comprobando, el solo principio democrático, por la tiranía de la mayoría que no atiende a otro criterio que la votación de las masas¹⁵, o el solo principio liberal, por el miedo de las clases dirigentes a perder su posición de dominio en el intercambio comercial, conducirían a la dictadura y al totalitarismo de los partidos de masas¹⁶. Al final, es decir, desde el comienzo, el dilema en el que está el ser humano como ser social de forma invariable es optar por implantar y sostener la libertad (democracia) o por aceptar y someterse a la dictadura (autocracia)¹⁷.

Naturalmente, no deben ser libertades incompatibles, sino que han de manejarse conjuntamente, como sucede con los princi-

¹⁴ DE VEGA, ob. cit.; p. 9.

¹⁵ TALMON, J. L.: *Los orígenes de la democracia totalitaria*. Aguilar. México D. F., 1956; consúltese en particular, pp. 1-8 y pp. 221-242. Cf. también CONSTANT, ob. cit.; p. 270. Aunque este culpa más a Mably que a Rousseau, del que era “uno de sus sucesores, menos elocuente, pero no menos austero, y mil veces más exagerado”.

¹⁶ Cf. FERRERO, G.: *Poder. Los genios invisibles de la ciudad*. Editorial Tecnos. Madrid, 2018; pp. 51 ss.

¹⁷ KELSEN, ob. cit; p. 16: “La compatibilidad de la idea de libertad con los principios sociales negados por ella e incluso con el derecho político, solo es posible mediante un cambio en la acepción de aquel término, que desde la negación absoluta de los vínculos sociales en general y, por lo tanto, del Estado en particular pasa a adquirir una forma especial de tal modo que bajo ella y bajo su antítesis –dialéctica *democracia* y *autocracia*– quedan comprendidas todas las formas del Estado e incluso de la Sociedad en general”.

pios democrático y liberal, considerados: “La libertad individual es la verdadera libertad moderna. La libertad política es su garantía. Por consiguiente, la libertad política es indispensable”¹⁸. Si, empleando la expresión de Constant, los individuos renunciamos a ejercer la libertad política o “derecho de participación en el poder político”, los gobernantes, que “¡están completamente dispuestos a ahorrarnos cualquier preocupación, excepto la de obedecer y la de pagar! Nos dirán... dejadnos hacer”¹⁹.

Las ideas de Constant están de plena actualidad en esta época en la que el asedio a la libertad individual que en ocasiones alientan los gobiernos, los partidos, las asambleas y otras formas de colectividad, que intimidan a quienes defienden el ámbito personal, tiene importantes ecos hoy en día; en esta época en la que el populismo, de un signo y de otro, se ha hecho con numerosos Gobiernos de la Unión Europea y del resto del mundo occidental, que olvidan la dialéctica de la democracia por la de la ocupación del poder, y actúan el aplastamiento de la libertad en detrimento de la voluntad colectiva imperante por medio de referendos, consultas y agitaciones populares para minar el poder judicial a cargo de las garantías individuales.

La libertad de los modernos o concepto revolucionario de la libertad “siempre reposa en el respeto a las leyes, la observancia de las formas y el mantenimiento de las garantías”²⁰. En fin, la libertad, que lleva aparejada de forma inseparable una serie de derechos y cargas, debe ser protegida en última instancia por el poder judicial, independiente de los otros poderes e imparcial respecto del con-

¹⁸ CONSTANT, ob. cit.; p. 278.

¹⁹ *Idem*; p. 283.

²⁰ *Idem*; p. 276.

flicto sometido a examen, que ha de aplicar las leyes que regulen las condiciones de su ejercicio.

2.2. El poder judicial en la teoría de la separación de poderes

La ironía es que el barón de La Brède y de Montesquieu (1689-1755), a quien se debe la expresión teórica de la fijación canónica universal de la doctrina de la separación, división o distinción de poderes o de funciones del Estado constitucional (entonces conocido como Estado burgués o liberal de derecho o, simplemente, Estado de derecho, no trataba en su obra clásica de determinar esa cuestión como mecanismo de garantía de la libertad, sino que el objeto de su obra era hallar una fórmula universal de legislación²¹.

Como suele ocurrir con los genios, lo de menos es el aparente fracaso del objetivo teórico que se marcan. Lo que importa es que muestran algo referencial para el ser humano, a lo que quienes quieren aprender vuelven su mirada y su estudio de generación en generación. Y así aconteció con el noble bordelés Carlos-Luis de Secondat.

En una obra organizada en quinientos ochenta y siete capítulos distribuidos en treinta y un libros con el fin señalado, como el que se

²¹ MONTESQUIEU: *Del Espíritu de las Leyes*. Editorial Tecnos. Madrid, 1985; p. 3 (Prefacio):

“He examinado a los hombres y me ha parecido que, en medio de la infinita diversidad de leyes y costumbres, no se comportaban solamente según su fantasía.

“He asentado los principios y he comprobado que los casos particulares se ajustaban a ellos por sí mismos, que la historia de todas las naciones era consecuencia de esos principios y que cada ley particular estaba relacionada con otra ley o dependía de otra más general”.

encuentra con una sorpresa a la vuelta de una esquina, aparece el capítulo VI de libro XI de su inmortal obra *Del Espíritu de las Leyes*. Donde fija, como quien no quiere la cosa en apenas unas páginas y con la decencia intelectual de titularlo “De la constitución de Inglaterra”, el mínimo de la fórmula que se debe seguir para que el poder único del Estado no aplaste como el poder de un tirano a sus súbditos, los ciudadanos. Nada mejor que recordar la fuente directa, que, en una sola página, lo dice todo para siempre en este tema. Conveniría a los que no lo conocen, que lo memorizaran:

“Hay en cada Estado tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de los asuntos que dependen del derecho de gentes y el poder ejecutivo de los que dependen del derecho civil.

Por el poder legislativo, el príncipe, o el magistrado, promulga leyes para cierto tiempo o para siempre, y enmienda o deroga las existentes. Por el segundo poder, dispone de la guerra y de la paz, envía o recibe embajadores, establece la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos o juzga las diferencias entre particulares. Llamaremos a este poder judicial, y al otro, simplemente, poder ejecutivo del Estado.

(...)

Cuando el poder legislativo está unido al poder ejecutivo en la misma persona o en el mismo cuerpo, no hay libertad, porque se puede temer que el monarca o el senado promulguen leyes tiránicas para hacerlas cumplir tiránicamente.

Tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo. Si va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza misma de un opresor.

Todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejerciera los tres po-

deres: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares”²².

Estas observaciones serán recogidas como dogma político del Estado que protege y garantiza la libertad, el Estado constitucional, en el artículo 16 de la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 26 de agosto de 1789: “Toda nación donde no están garantizados los derechos y asegurada la división de poderes carece de constitución”²³. Aun para el jurista que, con más inteligencia y perseverancia, trató de demoler los fundamentos y el significado del Estado constitucional era claro que, para la existencia de este, la división o separación de poderes era un elemento esencial: “Respecto del Estado cívico de derecho sigue teniendo validez el principio de que un Estado sin división efectiva entre legislación, ejecución (Gobierno y Administración) y Justicia ‘carece de Constitución’ en el sentido del Estado cívico de Derecho”²⁴. Y así lo sigue siendo doscientos treinta y cuatro años después de ese mo-

²² *Idem*; pp. 107 s. Precursores remotos de esta doctrina, según Nicolás Pérez-Serrano, Azcárate, Rehm y Saint-Girons, son Aristóteles, Marsilio de Padua, Nicolás de Cusa, Maquiavelo y el propio Bodino. El precursor inmediato es Locke. Cf. PÉREZ-SERRANO, N.: *Tratado de Derecho Político*. Editorial Civitas. Madrid, 1984; pp. 370 ss.

²³ A este artículo revolucionario, los constitucionalistas lo calificamos como el “concepto político de constitución”. Se suele citar la declaración francesa porque en su concisión y perfección es, sin duda, insuperable. No obstante, la *Declaración de Derechos del Buen Pueblo* de Virginia, de 1776, en su artículo V, ya proclama: “Que los poderes legislativo, ejecutivo y judicial deben ser separados y distintos”. Y también la Constitución de los Estados Unidos, que es dos años anterior a la Revolución francesa y cuatro años a su primera Constitución, la de 1791, rezuma la división de poderes. Así como es transparente que los comentarios de *El Federalista* son un desenvolvimiento de la doctrina de la división de poderes.

²⁴ SCHMITT, C.: *La defensa de la Constitución*. Editorial Tecnos. Madrid, 1983; p. 78. También, cf. SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución*. Alianza Editorial. Madrid, 1996; pp. 138 s.

mento único de la civilización occidental en aquellas sociedades que quieren organizar sus Estados de forma democrática²⁵.

Si bien ha evolucionado con el paso del tiempo, como consecuencia, seguramente, de los ataques que la libertad ha sufrido en la pugna de las distintas fuerzas y concepciones políticas, que se han desarrollado en el seno de las sociedades occidentales a raíz de las revoluciones burguesas y que se han conformado en los mayores enemigos de la libertad por su deseo de mantenerse en el poder y acrecentarlo hasta el punto de dictar también la vida privada de los ciudadanos, tanto por los epígonos de la doctrina marxista o derivados de esta como por las fuerzas de un populismo de signo contrario y que conducen al totalitarismo fascista y nacionalsocialista o derivados de estos.

Como ya advirtiera Nicolás Pérez-Serrano respecto de la doctrina de Montesquieu en su obra clásica *Tratado de derecho político*, no hay razón para “identificarla con la organización de las formas de gobierno, ni para enmarañarla con el problema de las funciones del Estado”. Puesto que, “en todas las épocas y en los más diversos países existieron tipos de Estados constituidos en régimen monárquico o republicano, con facultades de mayor o menor amplitud por parte de sus gobernantes y con un sistema de funciones especializadas, separadas, o atribuidas a unos u otros elementos personales, de tipo honorífico o profesional, político o técnico, permanente o circunstancial; pero nada tiene ello que ver con el

²⁵ Como ejemplo y en el ámbito de la Unión Europea, se cita el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea: “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, *Estado de derecho* y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías”.

nuevo aspecto que, por consideraciones políticas, imprime a la cuestión Montesquieu al idear un mecanismo que asegure la libertad de los ciudadanos”²⁶.

Ello al margen de la crítica que se le puede hacer a Montesquieu; porque, siendo magistrado, no precisó con el rigor deseable el carácter de poder asignado al judicial. Al estimarlo solo *en quelque façon nulle*, sin mayores desarrollos o precisiones, no le permitió discernir con exactitud su fisonomía. Aparte del hecho de que la acción política en que intervienen los otros poderes queda naturalmente tan lejos de la función ejercida por los tribunales. Lo que explica el propósito de algunos autores de no considerar el judicial como poder auténtico y si alguna vez se acentúa la nota del poder es para situarlo en condiciones de independencia que impidan sumisiones indebidas al ejecutivo.

El éxito teórico y práctico de esta doctrina es incuestionable. En Inglaterra lo recoge Blackstone, aunque lo modifique en algunos detalles. Laski, pese a manifestar algunas reservas, que asocia a la imposibilidad de llevarlo a término con rigor en el Estado moderno, también lo defiende. En Francia, pese a las reticencias iniciales por considerarlo derivado de un espíritu solo práctico y no filosófico, adquirirá forma de doctrina común y clásica gracias a Esmein, quien lo situará entre los conceptos democráticos insustituibles y lo desarrollará de forma original Hauriou. En Alemania, la inmensa mayoría de los juristas de los siglos XVIII y XIX, imbuidos como estaban de la doctrina del *Volksgeist* (Herder, Fichte, Goethe, Von Savigny), se opuso a esta concepción; pero se encontraron frente a Kant, con toda su única y singular potencia, quien, acaso, exageró

²⁶ PÉREZ-SERRANO, ob. cit.; p. 369.

al dar casi categoría de personas morales a los tres poderes²⁷; pero que fue seguido por los juristas intelectualmente vencedores del siglo XX, ya fuera con los matices del formalismo de Kelsen o con el integracionismo funcionalista de Smend²⁸.

Circunscrito así el ámbito de la materia y en lo que se refiere al papel del poder judicial en relación con la libertad, es indudable tanto su misión, como su responsabilidad. El poder judicial es responsable de interpretar la ley al aplicarla de manera imparcial y justa. Los jueces y tribunales tienen la autoridad de decidir casos y resolver disputas, y sus decisiones son finales y vinculantes. Esta autoridad les permite actuar como un contrapeso al poder ejecutivo y legislativo, y garantizar que las leyes se apliquen sin parcialidad o arbitrariedad.

El poder judicial, en una democracia, es esencial para proteger las libertades individuales y mantener el Estado constitucional ante la nación y la opinión pública. Los jueces y tribunales tienen la responsabilidad de proteger los derechos y libertades individuales, incluida la libertad de expresión, el derecho a un juicio justo y la igualdad ante la ley y, en ocasiones, la misma Constitución. La independencia judicial es fundamental en la misión de los jueces y tribunales, que no deben recibir presiones o interferencias de otros poderes del gobierno o de fuerzas políticas externas.

²⁷ JELLINEK, G.: *Teoría general del Estado*. Compañía Editorial Continental. México D. F., 1958; p. 407: “La doctrina de la división de los poderes, concebida en esta forma [la de Montesquieu], ha conducido a una completa división teórica del Estado en tres personas. Kant lo ha expresado de esta suerte, de una manera rotunda, al designar a los tres poderes del Estado como ‘otras tantas personas morales’, las cuales deben completarse mutuamente y subordinarse unas a otras”. A Jellinek, además, le insatisface que Montesquieu “no fundamenta su teoría, ni aclara, en general, la cuestión acerca de la unidad del Estado y de la relación de los poderes con esta unidad”.

²⁸ Cf. PÉREZ-SERRANO, *ob. cit.*; pp. 373 ss.

El poder judicial es una parte crucial de la teoría de la separación de poderes, y es una institución esencial para proteger las libertades individuales y mantener la justicia derivada de las leyes y no del siempre caprichoso gobierno de los hombres en una democracia²⁹. Un poder judicial fuerte, independiente y justo es fundamental para garantizar la libertad en un régimen democrático.

3. Igualdad y poder judicial

La igualdad o, dicho con exactitud, la igualdad ante la ley es uno de los valores fundamentales de cualquier sociedad democrática y el poder judicial desempeña un papel clave en su protección. Pero también se ha extendido con fuerza la igualdad como igualdad jurídica o justicia social³⁰. Como al poder judicial le corresponde aplicar y hacer cumplir la Constitución y las leyes a los casos concretos determinados en el ordenamiento jurídico, le compete, en caso de conflicto sin resolver por las partes que han solicitado su intervención, por un lado, garantizar que todas las personas, independientemente de su circunstancia, sean tratadas de forma igualitaria ante la ley y, por otro lado, con su actividad –aunque esto es polémico– contribuir a la justicia social.

²⁹ Sobre esta idea central, véase por todos SARTORI, G.: *Elementos de teoría política*. Alianza Editorial. Madrid, 1999; p. 20: “Históricamente, el término constitución era un vocablo ‘vacante’ del que se apropió el constitucionalismo en el siglo XVIII para dar la idea de un gobierno de las leyes (no de los hombres) y limitado por las leyes”. Son especialmente referenciales las aportaciones medievales, en 1324, de MARSILIO DE PADUA, *El Defensor de la Paz*. Editorial Tecnos. Madrid, 1989; primera parte, cap. XII, p. 54. Y casi dos siglos antes, en 1159, de JUAN DE SALISBURY, *Policraticus*. Editora Nacional. Madrid, 1984; libro IV, cap. 1, pp. 306 s.

³⁰ Para SARTORI, G.: *Teoría de la democracia*, 2. Alianza Editorial. Madrid, 1997; pp. 420 s: “La progresión histórica de la igualdad (de las igualdades) puede agruparse en cuatro clases o tipos: a) igualdad jurídico política; b) igualdad social; c) igualdad de oportunidades, y d) igualdad económica”. Lógicamente, no es este el lugar para abundar en el estudio de esta evolución.

El poder judicial ha de garantizar el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales y la protección de los individuos y grupos vulnerables contra la discriminación y la violencia. Así como aplicar el derecho vigente a los casos que se les someta por las partes, con ecuanimidad frente a ellas en los distintos conflictos ordinarios que se derivan de la vida social, sean de orden civil-mercantil, penal, contencioso-administrativo o social y de las jurisdicciones ordinarias especializadas que les asigne el ordenamiento jurídico.

3.1. La igualdad como condición inescindible de la libertad

Cuando Kelsen escribió, como he recordado antes, que “la metamorfosis de la idea de libertad conduce de la idea a la realidad de la democracia”³¹, señalaba dos cosas muy importantes. Una es la conexión inseparable entre libertad e igualdad. La otra es que la auténtica democracia³² (el paso de la *idea* de democracia a la *realidad* de la democracia) solo es comprensible desde ese concepto de libertad individual frente a la invasión del poder, que se suma a la expansiva libertad política o derechos de participación en los asuntos públicos³³ y que lleva aparejada en sí la igualdad ante la ley (expresado de forma negativa, la abo-

³¹ Abundando en esta idea, añade más adelante KELSEN, ob. cit; p. 24: “La transformación del concepto de libertad, pasando de ser representativa de la no sumisión del individuo a la autoridad en el Estado, a concebirse como una cooperación del individuo en esta, refleja el tránsito del liberalismo a la democracia”.

³² *Idem*; p. 30: “Democracia significa identidad de dirigentes y dirigidos, del sujeto y objeto del poder del Estado, y gobierno del pueblo por el pueblo”.

³³ *Idem*; p. 25: “La libertad del individuo, que fundamentalmente es imposible, pierde poco a poco importancia ante la libertad de la colectividad social”. En consecuencia, LUCAS VERDÚ, P: *La lucha por el Estado de derecho*. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 1975; p. 92, entiende que “hay un nuevo destino de la libertad que es el de su incardinación en la sociedad justa. Entonces, la libertad deja de ser libertad clasista y es la que se da en una justa sociedad libre”.

lición de todo privilegio) de los ciudadanos en relación con el Estado y de todas las personas en relación con los derechos fundamentales.

Es cierto también que la transformación del primer Estado constitucional (Estado burgués o liberal de derecho) en el Estado social de derecho (o Estado social) y no solo Estado de derecho, ha generado una nueva aproximación a esta unión incuestionable entre igualdad y libertad. El originario Estado constitucional apuntaba a la consecución de la libertad, pero el individualismo exacerbado y la neutralidad que adoptó ante las exigencias sociales lo alejaron de la consecución de la justicia social³⁴. Porque el propio concepto de igualdad durante el siglo XIX y, de modo definitivo, en el siglo XX se amplió de la idea de ausencia de privilegio frente a la ley a una igualdad de oportunidades o de reequilibrio de la riqueza en el seno de la sociedad.

Por supuesto, no es este el lugar para profundizar en esta cuestión, que da no solo para un capítulo, sino para un libro. Lo que interesa en este momento es tener presente que el concepto de igualdad se ensanchó hacia la materialidad, contenida en la expresión “justicia social”, y que es una aspiración moral acuciante para aquellos que no son psicópatas y que, por virtud religiosa o ética, entienden la vida como un servicio a los demás o como el fin del Estado, y es también tremendamente eficaz en política, sea como arma de sustitución del actual gobernante (oposición constitucional o democrática) o como arma de alienación de las masas electorales empobrecidas para mantenerse en el poder a cualquier precio con destrucción de la democracia (oposición antidemocrática)³⁵.

³⁴ Cf. LUCAS VERDÚ, ob. cit.; pp. 91 ss.

³⁵ Véase la formulación de referencia sobre la oposición constitucional y anticonstitucional en BON VALSASSINA, M.: “Profilo dell’opposizione anticostituzionale nello stato contemporaneo”, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Anno VII, 1957; pp. 531 ss.

Se considera a la Constitución mexicana de Querétaro, de 1917, como el primer texto constitucional donde se introdujo una formulación normativa del Estado social³⁶. Desde entonces, al menos en la órbita de las democracias occidentales del continente europeo, y tras las catástrofes de la Primera y de la Segunda Guerra Mundial, esta ha sido la fórmula que se ha adoptado de un modo más o menos explícito en las constituciones de los distintos países referidos. Es también el caso de España. Así, dice el artículo 1.1 de la Constitución española de 1978: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

Si el Estado social de derecho se encamina hacia la justicia social por mor de una igualdad entendida no solo en sentido jurídico sino material, la pregunta que debemos plantearnos es si esto supone una renuncia a la libertad (individual en favor de la libertad política o colectiva). Dicho de otro modo, hemos de cues-

³⁶ DE LA CUEVA, M.: “Evolución, instituciones y características del Derecho constitucional mexicano”, en *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Vol. 4º (*Miscellanea di Diritto pubblico e privato*). Padova, CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1958, pp. 309 y ss.; en concreto, p. 335. Sobre esto FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “Un siglo del nacimiento de una nueva era constitucional, la del constitucionalismo social: la carta de Querétaro de 1917”, en *Revista de las Cortes Generales* (100-102), diciembre 2017; p. 183: “la Constitución de 1917 es la organizadora de la primera democracia social del siglo XX, bien que de seguido apostillara que la Carta mexicana no era una constitución social a la manera de la Carta de Weimar de 1919, cifrando la diferencia en que la preocupación fundamental de los constituyentes reunidos en el antiguo Teatro Iturbide de la bellísima ciudad de Querétaro no fue la organización de las clases sociales y de las fuerzas económicas en consejos o corporaciones, sino la libertad de los hombres, de sus grupos, de sus clases y de las fuerzas económicas”.

tionarnos si puede existir la justicia social, esto es, la igualdad sin la libertad³⁷. Porque no hay duda de que se puede concebir una situación de bienestar sin el consentimiento de los gobernados y aun contra su voluntad. El problema doble que se sigue es saber si ello es realmente aceptado por los individuos que forman una sociedad determinada y si legitima una política social³⁸.

Hoy se jalea que esta no es la hora de la libertad, si se entiende por ella el capricho individual, el capitalismo salvaje, la gran propiedad, los oligopolios privados de dominación pública, sino que es el momento de la justicia social. Se percibe la libertad individual negativamente, como una libertad de clase, que realmente impide una sociedad libre y justa. Al mismo tiempo, habremos de preguntarnos si esa nueva sociedad que se jalea es posible mantenerla solo sobre la igualdad. Y la respuesta es negativa, si por igualdad se entiende igualitarismo, que es la “celosa equiparación de todos. Esta igualdad solo puede darse en la atmósfera irrespirable de las utopías. La igualdad ha de ser de oportunidades, pero estas son libremente asumidas por cada uno”³⁹.

Si el problema presente del Estado constitucional reside en establecer una situación de bienestar general (igualdad) que garantice el desarrollo de la persona desde el respeto al ordenamiento jurídico (libertad), es decir, configurarse como un “Estado de bienestar”, tam-

³⁷ KELSEN, ob. cit.; p. 16: “La compatibilidad de la idea de libertad con los principios sociales negados por ella e incluso con el Derecho político solo es posible mediante un cambio en la acepción de aquel término, que desde la negación absoluta de los vínculos sociales en general y, por lo tanto, del Estado en particular, pasa a adquirir una forma especial de tal modo que bajo ella y bajo su antítesis dialéctica –*democracia* y *autocracia*– quedan comprendidas todas las formas del Estado e incluso de la sociedad en general”.

³⁸ Cf. LUCAS VERDÚ, ob. cit.; p. 91.

³⁹ *Idem*; p. 92.

bien habrá que preguntarse si es posible conseguirlo sin la introducción de una perspectiva ética. Lo que supone indudablemente un sesgo ideológico. La referencia a la ética en un planteamiento como este se hace imprescindible; porque, aun cuando se puede buscar y obtener el bienestar social sin ninguna preocupación ética, como advertiera lejanamente Francis Cagianut, se corre el riesgo de disociar la intimidad moral humana de las ventajas materiales, dejando a la persona insatisfecha⁴⁰. Y no cabe duda de que esta es la situación de las sociedades occidentales setenta años después de su advertencia.

Pese a la tensión indicada y a las fuerzas políticas que parecen centrarse solo en esa cuestión, el concepto de libertad no puede ser sustituido por el de igualdad, sea entendido como cualquiera de las acepciones anteriores. Hay un concepto moral imperecedero de la libertad que se va acomodando a las circunstancias históricas y, desde las revoluciones burguesas, además, tampoco se puede renunciar a la igualdad como fundamento de legitimación, a la ausencia de privilegio por razón de nacimiento u otra circunstancia, salvedad hecha naturalmente de lo que decida el poder constituyente y plasme en su Constitución como excepciones aisladas. Si la filosofía política, que es una filosofía de la historia, cambia el contenido del concepto de igualdad, ello afectará inexorablemente al concepto de libertad.

Pero renunciar a la libertad hasta hacerla desaparecer con la excusa de la igualdad es una aspiración política tan contraria a la propia historia como la de hacerlo contra la igualdad. La libertad solo es posible en aquellos Estados en los que el pueblo disfruta del poder supremo y solo puede hablarse de libertad si es igual para todos: “Del

⁴⁰ Cf. CAGIANUT, F.: *Die Schranken des Staates. Ein Beitrag der Katholischen Naturrechtslehre zu den heutigen Problemen der Staatslehre*. Buchdruckerei Bössigs Erben. Zurich, 1951; pp. 126 ss.

supuesto de nuestra igualdad –ideal– puede inferirse la tesis de que nadie debe dominar a nadie. Pero la experiencia demuestra que para seguir siendo iguales necesitamos soportar un dominio ajeno. Por esto la ideología política no renuncia jamás a hacer solidarias libertad e igualdad, siendo precisamente característica para la democracia la síntesis de ambos principios”⁴¹. Y no se olvide que, aun estando unidas como las caras de una moneda, la libertad, *que es lo más dulce que puede haber*, se desea siempre antes que la igualdad⁴².

Reconocida esta realidad política inseparable de igualdad y libertad, y esta doble dimensión de la igualdad jurídica o formal e igualdad material o de justicia social, al menos en los Estados europeos continentales y en la propia Unión Europea surge una nueva tensión, que en todo caso no supone un alejamiento del poder judicial sino que, al contrario, lo aproxima ¿peligrosamente? al campo de la acción política, lo que parecía felizmente olvidado después de que su mayor y más brillante teórico, Carl Schmitt, lo propusiera hace más hace cien años. Esto es lo que someramente trataré a continuación.

3.2. Acción política e intervención judicial

El poder judicial debe permanecer idealmente incomunicado de toda acción política y, realmente, lo que debe conseguirse es que

⁴¹ KELSEN, *ibidem*, añade: “Así lo expresó Cicerón, maestro de la ideología política, al decir: *Itaque nulla alia in civitate, nisi in que populi potestas summa est, ullum domicilium libertas habet; qua quidem certe nihil potest esse dulcius et quae si aequa non est ne libertas quidem est*”. Lo que significa: Y, por tanto, en ningún otro Estado, excepto en aquel en que el poder del pueblo es supremo, tiene morada alguna la libertad; de hecho, nada puede ser más dulce que esto, y si no es igual, ni siquiera es libertad.

⁴² En sentido contrario, TOCQUEVILLE, A de.: *La democracia en América*, 2. Alianza Editorial. Madrid, 1999; pp. 85 ss, sostiene que los pueblos democráticos manifiestan un afecto por la igualdad más ardiente y duradero que por la libertad.

esté lo más alejado posible. La decisión política corresponde por definición en primera instancia al poder legislativo y a continuación al poder ejecutivo —otra cosa es lo que suceda en la práctica—. Ese foso o distancia entre lo contingente de lo político y la labor propia del poder judicial, de los jueces y magistrados, debe asegurarse por tres medios.

En primer lugar, por una óptima regulación en la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, dotado de auténticos controles de balanceo externo e interno; en segundo lugar, por el abono de una cultura política que haga que los agentes activos y principales de un Estado constitucional asuman y respeten las normas básicas y los usos democráticos para asegurar dicha neutralidad del poder judicial respecto de la lucha ideológica; y en tercer lugar, por el fomento de una cultura judicial que ayude a los titulares de este “poder más terrible”, de este “¡formidable poder!”⁴³ a que, al margen de sus convicciones, se mantengan en su función resistentes a toda tentación, indiferentes a toda sugerencia de verter sus ideas o las ajenas en la resolución de los casos que se les planteen.

Son naturalmente ámbitos que no deben o deberían coincidir jamás, al menos, en su ejercicio. Y, sin embargo, está adquiriendo un incipiente protagonismo como consecuencia de la nueva irrupción de las fuerzas populistas en los regímenes democráticos la pre-

⁴³ Como lo denominara CONSTANT, B.: *Curso de política constitucional*. Editorial Comares. Granada, 2006; p. 101: “Vamos a tratar del poder más terrible, del que penden el honor, los bienes, la tranquilidad y la vida de todos los ciudadanos. ¡Formidable poder! porque escudado con las fórmulas que las leyes prescriben, hiere de otro modo que los demás: del poder judicial hablo; aquel que, aunque emanado del ejecutivo, es empero en sus funciones absolutamente independiente; y que, a pesar de la responsabilidad, aplica sin embargo y hace ejecutar irremisiblemente con prontitud e imparcialidad lo que la ley dispone, prescindiendo de la calidad de las personas iguales ante esta misma ley”.

sión del poder ejecutivo-legislativo de asumir también, como una correa de transmisión más al poder judicial. Ya sabemos por Montesquieu que la fusión entre ejecutivo y legislativo hace que todo esté casi perdido para la libertad. O, al menos, que se vea seriamente amenazada. Si el poder judicial se injerta de nuevo, como en el Antiguo Régimen, en el poder ejecutivo-legislativo, la separación de poderes y, en consecuencia, el Estado constitucional en tanto que Estado de derecho quedaría aniquilado. Esta corriente política del presente, fomentada desde las fuerzas continuadoras y derivadas de la ideología marxista, supone un retorno al problema planteado por Carl Schmitt con el antagonismo *decisión política* y *decisión judicial*, problema que parecía resuelto.

La tesis general de Schmitt respecto de la relación entre lo político y lo jurídico en el ámbito de lo jurisdiccional parte de considerar que “en toda decisión jurídica concreta hay un margen de indiferencia hacia el contenido, porque la conclusión jurídica no se puede deducir completamente de sus premisas y porque el hecho de que la decisión sea necesaria es ya, por sí solo, un factor autónomo determinante”⁴⁴. Dicho de otro modo, es “independiente de la rectitud de su contenido y corta la discusión adicional acerca de si aún pueden existir dudas. La decisión deviene instantáneamente independiente del fundamento argumentativo y contiene un valor autónomo”. Así sucede también en el campo de la decisión judicial: “En toda decisión, incluso en la de un Tribunal que en forma procesal realiza sus funciones de tipo concreto, existe un elemento de pura decisión que no puede ser derivado del contenido de la norma”. Esto es lo que denomina y se conoce como “decisionismo”⁴⁵.

⁴⁴ SCHMITT, C.: *Teología política*. Editorial Trotta. Madrid, 2009; p. 31.

⁴⁵ SCHMITT, C.: *La defensa de la Constitución*. Editorial Tecnos. Madrid, 1983; p. 90.

Si una decisión se adopta “por la instancia competente hace a esa decisión relativamente y, en ocasiones, absolutamente independiente de la corrección de su contenido y corta en seco cualquier discusión sobre si es o no dudosa. En un instante, la decisión se hace independiente de [su] fundamentación argumental y adquiere valor propio”. Puesto que “normativamente considerada la decisión nace de la nada. La fuerza jurídica de la decisión es harto distinta del resultado de su fundamentación”⁴⁶. Y esto va a tener consecuencias también decisivas en la labor del poder judicial; porque dicho decisionismo y su relación con la posibilidad de respuestas correctas admite matices significativos, según el tipo de conflicto resuelto por la decisión y el sujeto que toma tal decisión y porque el conflicto y la decisión cambian significativamente de acuerdo con el momento concreto. El “derecho contiene un momento de conflicto y decisión en el cual las diferencias son resueltas para la ventaja de un partido y la desventaja del otro”⁴⁷.

La consecuencia del planteamiento de Schmitt, a partir de Jellinek, Thoma y Haenel –y que, de nuevo, se advierte en las fuerzas populistas del presente, que pretenden que sus actuaciones contrarias a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico queden al margen de sus reglas– conduce a distinguir, por ejemplo, entre violación de una norma constitucional, la cual debería ser objeto de la actividad jurisdiccional, y un caso estrictamente constitucional o político⁴⁸. Esta clase de individuos sostiene que la violación de las normas jurídicas por su

⁴⁶ SCHMITT, *Teología política...*, cit.; p. 32. H. L. A. HARDT se refiere a esto hecho como una razón independiente de contenido: “Commands and Authoritative Reasons”, en *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*. Oxford University Press, Oxford, 1982; pp. 254 s.

⁴⁷ KENNEDY, E.: *Constitutional Failure. Carl Schmitt in Weimar*. Duke University Press, Durham, 2004; p. 5.

⁴⁸ Cf. SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución*, cit.; pp. 130 s.

parte se debe a razones estrictamente políticas, comportamiento que deriva de su oposición al poder soberano del Estado. No a una simple aspiración de obtener un objetivo que se ha establecido como antijurídico. Sostienen cínicamente que si tuvieran la certeza de que su acción sería castigada, en tanto que está efectivamente contemplada en las normas del ordenamiento jurídico, no desplegarían tal comportamiento.

En este caso, naturalmente, no hay un problema con una supuesta falta de motivación de la decisión judicial, sino un conflicto entre la autoridad del derecho y quien se niega a reconocerla: “Quien desobedece, si bien sabe que su conducta –de ser generalizada– llevaría a la deposición del gobernante y por lo tanto al cambio del gobierno en cuestión, desea precisamente ese resultado, con lo cual demuestra que no se contradice al querer su acción. De hecho, quienes desobedecen a la autoridad en este sentido, a diferencia de los delincuentes, suelen estar más que dispuestos a aceptar el castigo si lo consideraran apropiado para obtener sus fines. Además, los desobedientes ni siquiera reconocen que el gobierno en cuestión esté en condiciones de aplicar un castigo, esto es, la imposición de un daño por haber cometido una acción ilegítima o justificadamente prohibida, sino lisa y llanamente creen que el gobierno sólo es capaz de dominar a sus súbditos. La posición de Schmitt es que semejantes casos dejan de ser cuestiones judiciales y se transforman en políticas. Muy probablemente deban ser resueltos mediante medidas políticas antes que judiciales –si es que pueden ser resueltos en absoluto–”⁴⁹.

⁴⁹ ROSLER, A.: “Decisión política y decisión judicial en Carl Schmitt”, en DONATO, O., y GONZÁLEZ, P. E. (comp.): *Carl Schmitt. Análisis crítico a su obra jurídica, política y filosófica*. Universidad Libre de Colombia. Bogotá, 2011; pp. 165 s. No es necesario enfatizar lo certero de este párrafo acerca del planteamiento de la cuestión por Schmitt para un lector español o conocedor de la situación política reciente de España.

Esta devastadora línea de admitir la acción política, cuando menos, como condicionante admisible de la intervención judicial por su poder disolvente del Estado de derecho ha vuelto en forma de lo que llamaré “activismo judicial”. Este, dicho de forma muy resumida, consiste en la pretensión de que el poder judicial no solo aplique las leyes al caso concreto, según el derecho vigente, con abstracción de otras circunstancias, sino que debe ser también un agente político de la transformación social auspiciada del poder ejecutivo-legislativo. A nadie se le escapa que ello acarrea la desaparición del poder judicial como contrapeso pasivo y neutral del anterior poder ‘tiranizante’, en tanto que aquel solo se debe al mandato de las leyes.

Un elocuente ejemplo de esta tendencia y grave peligro para el poder judicial, de esta presión del poder ejecutivo-legislativo sobre aquel y de la decadente atmósfera intelectual que lo arropa desde el punto de vista del Estado de derecho, con base en la extensión de la igualdad material en forma de bienestar social generalizado, incluso más allá de los límites del Estado y al margen de que tal ideología sea compartida por todos los individuos de la sociedad, se constata en el reciente artículo de Torres Justiniani⁵⁰.

Este da por hecho como algo obligado, más allá de lo jurídico, la “intervención judicial en las políticas públicas... en [las] cuatro formas fundamentales... [de] vetar o reafirmar decisiones, *actor proactivo*, árbitro imparcial y *representante de la sociedad*”.

⁵⁰ TORRES JUSTINIANI, J. I.: “El sistema judicial y su rol en las políticas públicas: una mirada a las políticas globales”, en *Gestión y Análisis de Políticas Públicas (Nueva Época)*, núm. 27. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 2021; pp. 68-84. Las letras cursivas son mías.

Naturalmente, esto incide “en las cinco etapas del ciclo de políticas públicas: formación o ingreso a la agenda, definición del problema, diseño de la política, implementación y seguimiento y evaluación”, con el consecuente impacto. “Desde modificar la implementación de una política ya en curso, imponer una cierta forma de construirla o incluso solicitar la creación de una desde cero, con fechas y plazos de entrega, pero, sobre todo, uno de los efectos que todos los casos tienen en común es que sientan precedentes, es decir, dejan un “camino” que otros (abogados, personas afectadas o interesadas, etc.) pueden seguir para obtener los mismos resultados; igualmente, estos precedentes envían mensajes a los actores de las políticas, pues ya sea de forma intencional o no (*judicial politics*), una resolución deja huella en el sistema jurídico”.

La intervención judicial en las políticas públicas, y más si son *globales*, se presenta de una forma directa a partir de las resoluciones judiciales de los tribunales y, en particular, de los tribunales internacionales que, con sus decisiones y jurisprudencia, “impactan en políticas locales o nacionales”, en el entramado jurídico, político y social de un país, así como en el diseño, implementación y evaluación de sus políticas públicas. El autor lo afirma sin posibilidad de confusión: “Los tribunales internacionales deben ser considerados *actores* de las políticas públicas globales”.

La construcción de una nueva configuración del poder judicial como otro *actor* o *agente* del poder ejecutivo-legislativo está en marcha y goza de apoyos no solo intelectuales, sino que ha sido asumida por las ideologías populistas y nacionalistas.

4. Derecho y poder judicial

El derecho y el poder judicial están estrechamente relacionados⁵¹, ya que el poder judicial es el encargado de aplicar y hacer cumplir el derecho en una sociedad organizada en un orden estatal, que pre-suponemos naturalmente constitucional en esta exposición. Porque la existencia de este orden consiste en su validez objetiva, se ha de corresponder con un orden jurídico⁵². Y un orden jurídico es un sistema de normas de derecho y principios que regulan la conducta

⁵¹ En línea kelseniana, *vid.* KELSEN, H.: *Teoría pura del derecho*. Editorial Trotta. Madrid, 2011; pp. 48 ss., una advertencia preliminar se impone. En la lectura de este apartado no se debe confundir derecho con justicia, ni poder judicial con justicia. Tanto si el derecho se concibe como algo moral, lo que conduce a la exigencia de que deba estar formado por criterios morales, o porque se considere que forma parte de la moral. El derecho al que se hace referencia no puede tener un valor absoluto, propio de la moral, que reclama para sí. Si se considera el derecho como categoría moral, equivale a justicia y esta es simplemente la expresión de un orden social correcto, un orden que pretende satisfacer a todos. Tampoco la justicia nos es útil aun cuando se asocie al derecho positivo, esto es, a la adecuación a la legalidad. En este caso, justo equivaldría a jurídico. La justicia en cuanto tal “hay que entenderla como un orden superior al derecho positivo y diferente de él, que, en su validez absoluta, trasciende toda experiencia, al igual que la idea platónica trasciende el mundo real y al igual que la trascendente cosa en sí va más allá de los fenómenos”. Finalmente, puesto que “desde la perspectiva del conocimiento racional existen solo intereses y, consecuentemente, también conflictos de intereses”, el poder judicial tiene como misión resolver estos conflictos dentro de un orden jurídico estatal determinado.

En sentido contrario, GARGARELLA, R.: *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Ediciones Paidós Ibérica. Barcelona, 1999, del que anoto las siguientes citas de la obra de RAWLS, J.: *Political Liberalism*. Columbia University Press. Nueva York. 1993: “La cultura política de una sociedad democrática razonablemente estable normalmente contiene, al menos de modo implícito, ciertas ideas intuitivas fundamentales a partir de las cuales es posible elaborar una concepción política de la justicia” (p. 194); porque “el hecho de defender una concepción ‘política’ de la justicia no significa que la misma sea completamente distinta o, mucho menos, opuesta a una concepción ‘moral’” (p. 196).

⁵² KELSEN, H.: *Teoría general del Estado*. Editora Nacional. México D.F., 1959; pp. 61 s, 73 s.

humana y establecen las reglas, tanto objetivas como subjetivas, para la convivencia pacífica entre los individuos. Si el derecho es un orden coactivo, cada norma jurídica habrá de prescribir y regular el ejercicio de la coacción. Su esencia se traduce en una proposición, en la cual se enlaza un acto coactivo, como consecuencia jurídica, a un determinado supuesto de hecho o condición. Al poder judicial le corresponde resolver conflictos y aplicar sanciones en caso de que se incumpla el derecho vigente del Estado.

4.1. La sujeción del juez a la ley

Este punto lo voy a desarrollar a partir de la expresiva fórmula que recoge la Constitución española; pero que es idéntica en su contenido y exigencias a las que se contienen en los ordenamientos jurídicos de los demás Estados democráticos. El artículo 117.1 de la Constitución española, tras decir que los jueces son inamovibles, independientes y responsables, establece que están “sometidos únicamente al imperio de la ley”. Escribe y advierte el profesor y magistrado del Tribunal Supremo, Díez-Picazo, que “muchos opinan que este inciso es una mera licencia retórica, que no va más allá de la ya mencionada vinculación al sistema de fuentes establecido; es decir, que el artículo citado solo impone un genérico principio de juridicidad. Esto es, sin duda cierto. Pero no debe olvidarse que el sometimiento del juez a la ley es cualitativamente distinto y más intenso que a todas las demás normas jurídicas, a excepción de la Constitución”⁵³.

Se deben retener tres principios esenciales de la sujeción del juez a la ley. El primero es que el juez debe decidir en exclusiva quién tiene razón en cada litigio concreto y (i) debe hacerlo apli-

⁵³ DÍEZ-PICAZO, L. M.: *Ordenamiento constitucional español*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2020; p. 389.

cando la norma que corresponda al supuesto de hecho, según las reglas que rigen el sistema de fuentes del derecho, exigencia de la Constitución y del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (no cabe la arbitrariedad); (ii) debe hacerlo de forma motivada y (iii) tiene el deber inexcusable de hacerlo.

El segundo es el modo como el juez interpreta y aplica las normas legales. La soberanía del Derecho sitúa en primer lugar a la Constitución y las leyes como criterio de interpretación –y, lógicamente, en tanto que delimitadora de las fuentes del derecho–, y luego la jurisprudencia de los propios tribunales (en especial, de los más altos tribunales jurisdiccionales del Estado).

El tercero es que la sujeción del juez a la ley impone límites a la interpretación. Esto conecta con la cuestión que se ha comentado en el epígrafe precedente, tanto respecto del margen de la decisión judicial (admisible si se halla dentro de los parámetros admitidos por la comunidad jurídica más acreditada) como del activismo judicial (nunca debería admitirse).

En resumen, el juez que actúa “sometido únicamente al impero de la ley” en un Estado constitucional debe decidir la solución de los litigios con motivación de su decisión, de suerte que esta justificación, incluida la interpretación que haga de la norma aplicable, sea racional “y no puramente caprichosa”. El Tribunal Constitucional español ha descalificado las decisiones judiciales en las que el juez se ha apartado del sistema de fuentes del derecho establecido y de los principios esenciales indicados, porque con ello ha violado la Constitución y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva⁵⁴.

⁵⁴ Cf. DÍEZ-PICAZO, ob. cit.; p. 390.

La expresión “imperio de la ley” expresa un concepto esencial en la relación entre el individuo y el modo como los ciudadanos fijan que el Estado ejerza su poder soberano⁵⁵. El imperio de la ley es un concepto legal básico inherente a la democracia constitucional. El concepto vive de la aceptación por la sociedad y del deseo de los actores políticos de practicarlo. Sin implicación, aceptación y compromiso de la sociedad, tampoco hay Estado de derecho y el imperio de la ley se convertiría, en el mejor de los casos, solo en una proclamación vacía de contenido.

El imperio de la ley acoge un espectro de manifestaciones. Vivir bajo el imperio de la ley significa, entre otras cosas, que el ejercicio del poder es legítimo solo si respeta las libertades y los derechos fundamentales y está basado y organizado, al menos, en un Estado de derecho; que la legitimación del poder solo se concede si su ejercicio es conforme a la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico (Kelsen, Krabbe⁵⁶); que hay separación de poderes y una proporcionalidad de las limitaciones de la libertad; que las leyes son claras y estables (esto es también una exigencia de la seguridad jurídica); que existe un control eficiente de los conflictos sociales por un poder judicial integrado por jueces independientes e imparciales; y que solo se admite la retroactividad si es favorable.

⁵⁵ La expresión “imperio de la ley” se contiene también en el Preámbulo de la Constitución española: “La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de: (...) *Consolidar un Estado de derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular*”. Las letras cursivas son mías.

⁵⁶ DE VEGA, P.: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Editorial Tecnos. Madrid, 1985; p. 20: “Frente a la soberanía política del pueblo, lo que surge realmente es una auténtica soberanía, como dirían, por ejemplo, Kelsen o Krabbe, de la Constitución y del Derecho”.

También es fruto del imperio de la ley y “coronamiento del Estado de derecho”⁵⁷ que la revisión de las leyes y normas con rango de ley se dilucide por una justicia constitucional.

Ante estas altas exigencias derivadas del imperio de la ley; donde los jueces acaban teniendo que intervenir como consecuencia del enfrentamiento y de la necesidad de restituir el equilibrio jurídico, si es un asunto privado, o el orden jurídico estatal, si es un asunto público, se hace imprescindible no minimizar y comprender las claves políticas y jurídicas de lo que viene sucediendo en el mundo occidental, donde el Estado constitucional, expresión propia de su evolución histórica y política, se ve amenazado de forma creciente. Me refiero, por ejemplo, al asalto al Capitolio de los Estados Unidos; al golpe de Estado de Birmania; a los referendos impulsados por Rusia en Ucrania; a los recientes sucesos de varios países de Iberoamérica; a lo vivido en el Reino Unido durante el “Brexit”, donde algún medio llamó a su máximo tribunal “enemigo del pueblo”; a los sucesos de España que cristalizaron en el intento de secesión de 2017, aunque se iniciaron antes y no han cesado en la actualidad; o a las decisiones en torno a la forma de gobierno del poder judicial en Hungría y Polonia.

Si los jueces están sujetos a la ley y actúan efectivamente de acuerdo con ese principio y norma, los actores políticos no los pueden deslegitimar. Y esto viene sucediendo en los casos citados por agentes políticos de primer orden. El poder ejecutivo, el poder le-

⁵⁷ Esta es la expresión que emplea LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P: *La independencia y el gobierno de los jueces*. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Madrid, 2017; p. 115. Y remite a CAPPELLETTI, M.: *La giurisdizione costituzionale delle libertà*. Giuffrè. Milano, 1955; y CASCAJO CASTRO, J. L.: “la jurisdicción constitucional de la libertad”, en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 199/1975; pp. 154 ss.

gislativo, algunos medios de comunicación y ciertas fuerzas ideológicas populistas y nacionalistas intentaron –e intentan– romper el marco constitucional de convivencia de sus sociedades democráticas profiriendo consignas de desprestigio de las instituciones y maniobrando peligrosamente contra el imperio de la ley.

Carlos Lesmes, magistrado del Tribunal Supremo y, por ahora, último⁵⁸ presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial de España, resumía perfectamente la sujeción del juez (y de todos) a la ley: “El valor Estado de derecho en nuestra democracia no solo exige reconocer el principio de separación de poderes, la independencia de los jueces y el respeto a sus decisiones. Supone antes que nada el reconocimiento de la primacía del Derecho, al que deben sujetarse todos los poderes públicos y las personas privadas, ya que en las democracias se gobierna a través de las leyes, obra de la voluntad general, de manera que nuestro Estado no será democrático si no garantiza el respeto al Derecho”⁵⁹.

Y más recientemente, en relación con la misma cuestión, Pedro González-Trevijano recordó en su discurso de despedida del Tribunal Constitucional que “la Unión Europea se levanta como una Comunidad de Derecho y una federación de valores, los cuales son custodiados, en primer lugar, por las Constituciones nacionales y por los Tribunales de cada Nación. En este sentido, nuestro Tribunal Cons-

⁵⁸ Como consecuencia de su dimisión el 10 de octubre de 2022 y la situación de bloqueo en el Congreso de los Diputados y el Senado desde el 4 de diciembre de 2018, que impide la renovación del órgano de gobierno de los jueces españoles; pues los veinte vocales que lo integran son elegidos por aquellas cámaras parlamentarias (diez y diez, respectivamente).

⁵⁹ LESMES, C.: “Acto de apertura del año judicial 2022-2023. Discurso del Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial”. Madrid, 7 de septiembre de 2022; p. 3.

titudinal sigue con mucho interés la reciente y rotunda jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en relación con los valores recogidos en el artículo 2 del Tratado de la Unión, tales como el imperio de la ley, así como el principio de tutela judicial efectiva de su artículo 19. Hablo de casos como ASJP, de 2018, o Hungría/Parlamento Europeo y Consejo, de 2022. En particular, me gustaría subrayar cómo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia *Republika*, de 2021, afirma de forma categórica, que ‘la Unión se fundamenta en valores, tales como el Estado de derecho, que son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada, entre otras cosas, por la justicia, lo que conlleva que un Estado miembro no puede modificar su legislación de modo que dé lugar a una reducción de la protección del valor del Estado de derecho’ (...)”⁶⁰.

4.2. La aplicación del derecho por jueces y tribunales independientes en un Estado constitucional

Tiene clarísimo Constant, en sus *Principios de política aplicables a todos los gobiernos*, que “las condiciones indispensables para hacer del poder judicial la salvaguardia de los ciudadanos son las mismas en todas las formas de gobierno... La primera condición es que el poder judicial sea independiente; este aserto no requiere pruebas”. Y lo conecta de inmediato con la inamovilidad⁶¹.

En su discurso de ingreso como académico de número en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Pablo Lucas Muri-

⁶⁰ GONZÁLEZ-TREVIJANO, P.: “Discurso de despedida de presidente del Tribunal Constitucional”. Madrid, 9 de enero de 2023; p. 8.

⁶¹ CONSTANT, B.: *Principios de política aplicables a todos los gobiernos*. Katz Editores. Madrid, 2010; p. 175: “Para independizar el Poder Judicial no existe más que un medio, y es que sus miembros sean inamovibles”.

llo de la Cueva señalaba con rotundidad que “a estas alturas no es posible separar la noción de juez de la idea de independencia... La relación es esencial, ontológica: sin jueces independientes no hay Estado de derecho. No se trata, pues, de una cuestión de calidad sino de existencia... Ya sea en el marco del sistema presidencial o en el seno del sistema parlamentario o en el de naturaleza convencional, el Poder Judicial, en su organización y funcionamiento y, particularmente, en el desarrollo del proceso jurisdiccional, no está sujeto a más condicionamientos que a los previstos en las leyes. En otras palabras, solamente cabe hablar de Poder Judicial cuando está asegurada su independencia”⁶².

La existencia de un poder judicial independiente es una exigencia no solo de los ordenamientos nacionales de los países de la Unión Europea, sino de los propios principios constitutivos de la Unión, dado que resulta un requisito indispensable del Estado de derecho⁶³: “La Unión Europea, en la que estamos integrados, se construye también sobre el pilar del Estado de derecho. El Tratado constitutivo proclama en su artículo segundo que ‘la Unión se fundamenta en los valores de respeto a la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de derecho y respeto de los derechos humanos’, y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea repite este enunciado en su proclamación solemne, concretando en su artículo 47 el derecho de los ciudadanos europeos a

⁶² LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P: *La independencia y el gobierno de los jueces*. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Madrid, 2017, p. 112.

⁶³ LOEWENSTEIN, K.: *Teoría de la Constitución*. Editorial Ariel. Barcelona, 1976; p. 294: “La independencia de los jueces en el ejercicio de las funciones que les han sido asignadas y su libertad frente a todo tipo de interferencia de cualquier otro detentador del poder constituye la piedra final en el edificio del Estado democrático constitucional de derecho”.

obtener una respuesta de un juez independiente e imparcial en las causas seguidas ante la Justicia”⁶⁴.

La independencia del poder judicial ha de predicarse en su conjunto y de cada juez en particular. Por ejemplo, el artículo 117.1 de la Constitución española afirma que los “Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial” son “independientes”. En consecuencia, se trata de una característica que no se predica en abstracto, sino en concreto; es decir, es cada juez o magistrado que forma parte de la organización jurisdiccional quien debe ser independiente en el ejercicio de su función. El poder judicial en su conjunto es independiente porque lo son sus integrantes, de manera que cualquier actuación que suponga un riesgo para la independencia de uno de sus miembros afecta a todo el sistema. Al hilo de este precepto, Enrique Arnaldo Alcubilla señala que “el principio de independencia judicial se plasma en una serie de garantías para eliminar cualquier clase de dependencia, bien sea interna o externa, directa o indirecta, mediata o inmediata”⁶⁵ y añade, citando a Muñoz Machado, que “la principal garantía de la independencia judicial radica en la exclusividad, es decir, en la reserva de cualquier

⁶⁴ LESMES, discurso cit.; p. 4. Concluía dicha afirmación respecto de los jueces españoles: “A ello se debe añadir, como es sabido, que los jueces españoles también son jueces europeos y su independencia no puede ser comprendida plenamente sin esta perspectiva, hasta el punto de que su independencia resulta vital para la eficacia y aplicación uniforme del Derecho de la Unión, de manera que las Instituciones europeas, y muy especialmente el Tribunal de Justicia, prestan la máxima atención a todo lo que se refiere al gobierno de los jueces en cada uno de los Estados miembros así como a las garantías de su independencia”.

⁶⁵ Cf. ARNALDO ALCUBILLA, E.: *Las razones del aforamiento*. Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2021; p. 57.

residuo de poder que no sea el judicial”⁶⁶. Kelsen ya indica el principio de la independencia como esencial al poder judicial: “La independencia constitucionalmente reconocida del ‘poder judicial’ se garantiza por el hecho de que los jueces son nombrados de por vida o hasta alcanzar la ‘edad legal’ y no pueden ser removidos sino en virtud de sentencia judicial... La actividad judicial está ligada a las leyes, no a las prescripciones generales o individuales de autoridades superiores”⁶⁷. Por su parte, González-Trevijano ha destacado una verdad decisiva sobre la independencia del juez: “Tampoco es ocioso recordar, que el procedimiento de designación no implica un mecanismo de representación. El magistrado no representa a nadie. Ni al órgano por el que fue elegido, ni a la fuerza parlamentaria que impulsó su proposición. Está a solas con su conciencia y sólo de ella depende. La ausencia de espurios vínculos y su indeclinable independencia son exigencias de su legitimidad de origen y de ejercicio”⁶⁸.

La independencia judicial tiene dos facetas: una externa y otra interna. Sobre la externa ya he hablado de forma suficiente para el objeto de este capítulo. Me detengo por ello, ahora, solo en la interna⁶⁹. Esta se refiere a “actuaciones de otros jueces y de los tribunales superiores y órganos de gobierno de la judicatura susceptibles de con-

⁶⁶ MUÑOZ MACHADO, S.: *La reserva de jurisdicción*. Editorial La Ley. Madrid, 1989; p. 13. Además, explica cómo se formó dicho principio de independencia en el artículo 1 del Título III de la Constitución francesa de 1791, y en nuestro derecho histórico. Sin duda Agustín de Argüelles, al redactar el discurso preliminar de la Constitución gaditana, demostró haber conocido los ensayos de Alexander Hamilton en *The Federalist*: “Se separan de tal modo las funciones del juez de cualquier otro acto de la autoridad soberana, que nunca podrán ni las Cortes ni el Rey ejercerlas bajo ningún pretexto”.

⁶⁷ KELSEN, H.: *Teoría general del Estado*. Editora Nacional. México D.F., 1959; p. 433.

⁶⁸ GONZÁLEZ-TREVIJANO, discurso cit.; p. 7.

⁶⁹ Cf. sobre estas ideas LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, ob. cit., pp. 119 s.

dicionar el ejercicio de la potestad jurisdiccional”. La debida garantía de esta faceta interna requiere, por un lado, “que se deslinden claramente las facultades organizativas y las funciones de los órganos gubernativos de todo cuanto suponga ejercicio jurisdiccional y se prohíba toda intromisión por parte de estos últimos en la actividad estrictamente procesal de los jueces”. Por otro lado, lo anterior ha de ir acompañado de “los correspondientes controles para que no se sobrepasen los límites ni se desconozca la mencionada prohibición”. En ambos casos, los controles solo pueden ser judiciales para que no se comprometa el conjunto de garantías que protege el poder judicial.

Un posible punto de partida y referencia para asegurar la independencia judicial frente a los potenciales y reales ataques externos e internos a los jueces se encuentra en la Carta Europea sobre el Estatuto de los Jueces, aprobada por unanimidad en la reunión multilateral organizada por el Consejo de Europa en julio de 1998, que, “aunque carece de valor jurídico, expresa la posición común de esta institución” y “adopta unas reglas y principios comunes para la mejor garantía en el Estado democrático de Derecho de la independencia y de la imparcialidad de los jueces”⁷⁰.

El Consejo de Europa –entidad nada sospechosa– es la institución europea que, desde su constitución tras la Segunda Guerra Mun-

⁷⁰ ARNALDO ALCUBILLA, E.: “Las relaciones entre las Cortes Generales y el Poder Judicial: Diagnóstico en el 40 Aniversario de la Constitución”, en *Revista de las Cortes Generales*, n.º 104 (segundo cuatrimestre). Madrid, 2018; p. 687: “tras invocar el artículo 6 de la Convención para la salvaguarda de los derechos del hombre y las libertades fundamentales de 1950, los principios fundamentales sobre la independencia de la Magistratura aprobados por la Asamblea General de la ONU de 1985 y Recomendación núm. R (94) 12 del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa sobre la independencia y el papel de los jueces, adopta unas reglas y principios comunes para la mejor garantía en el Estado democrático de Derecho de la independencia y de la imparcialidad de los jueces”.

dial, ha ido definiendo los estándares de libertad y de protección de la libertad como marco común de los Estados europeos. A juicio de Arnaldo Alcubilla, los aspectos más sensibles para la independencia y la imparcialidad de los jueces se recogen en el primero de los capítulos de la citada Carta; donde se lee: “Para toda decisión que afecte a la selección, reclutamiento, nombramiento, desarrollo de la carrera o cese de las funciones de un juez o de una juez, el Estatuto prevé la intervención de una instancia independiente del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo de la que habrán de formar parte, al menos en su mitad, jueces elegidos por sus pares, conforme a un procedimiento que garantice la más amplia representación de los mismos”. Y el acuerdo alcanzado, que se mantiene hasta el presente, y la Comisión Europea, por medio de su comisario de Justicia, han reiterado en varias ocasiones al Gobierno de España que “el órgano extrapoderes al que se encomienda la garantía de la independencia de los jueces y magistrados ha de estar formado, al menos, en su mitad por miembros de la carrera judicial elegidos por los mismos, con la recomendación de que la elección se rija por un sistema proporcional”⁷¹.

La consecución de ese objetivo se obtendrá “en la medida en que el cuerpo llegue a estar efectivamente a salvo de la influencia directa de las otras instituciones, aunque salvaguardando una ‘conexión’ –un vínculo, un canal de influencia– con el sistema político. Por eso su papel será tanto más fuerte cuanto más amplias sean sus tareas y cuanto más capaz sea su composición de garantizar la independencia del cuerpo judicial”⁷². La salvaguardia de la independencia judicial lo es frente a todos los demás poderes. No cabe defender nuevas intro-

⁷¹ *Idem*; p. 688.

⁷² GUARNIERI, C., y PEDREZOLI, L.: *Los jueces y la política*. Taurus, Madrid, 1999, p. 171.

misiones en el órgano garante de aquella a través del Parlamento o de las fuerzas políticas presentes en el mismo⁷³. La razón es clara. Ello conduce inevitablemente a la politización.

Ambos profesores italianos reiteran con toda coherencia y lógica que las garantías de independencia serán mayores si los miembros judiciales del órgano de gobierno del poder judicial son designados por y entre los propios jueces y que su composición se complete con otros consejeros elegidos por el Parlamento, para asegurar la conexión entre la magistratura y la representación política. Los temores sobre el despertar de un nuevo corporativismo⁷⁴ o el

⁷³ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: “La experiencia europea del Consejo de la Magistratura”, en *Revista del Poder Judicial*, n.º. 52; p. 56: “Es sostenible la dificultad de encontrar soluciones estables en cuanto a la composición del Consejo, se puede hablar de la polémica del Consejo o del Consejo de las polémicas”.

⁷⁴ En 1810, CONSTANT, ob. cit.; p. 176, tenía claro que “es erróneo temer el espíritu de cuerpo en el poder judicial”. Asero que amplía en nota, teniendo en cuenta el carácter francés y un régimen de opinión pública, que es uno de los supuestos estructurales del Estado Constitucional (véase BERZOSA, D.: *Democracia constitucional y opinión pública*. Editorial Aranzadi. Cizur Menor, 2016), y lo expresa con una elegancia difícilmente igualable: “El espíritu de cuerpo es una de las mejores barreras contra el servilismo para con el poder o las facciones, en una nación en la cual todo el mundo se deja arrastrar por la opinión dominante. Ningún individuo se atreve a tener una opinión opuesta a la de todos. El espíritu de cuerpo, por el contrario, se pone de manifiesto y los individuos que quieren resistir a la opinión dominante, tranquilizados por ese aliado, se unen a él. Un cuerpo judicial inamovible es necesario para que un juez no tema herir, al juzgar según su conciencia, la autoridad bajo la cual se encontraría al volver a ser un simple ciudadano. En una nación que, por un lado, está muy acostumbrada a la arbitrariedad y la encuentra muy conveniente por su impaciencia natural y, por el otro, lleva al extremo todas las opiniones de que se adueña, la independencia de los tribunales es la única cosa que pueda hacerle perder el hábito de la arbitrariedad y darle principios de los que no pueda abusar. Los reclamos de los tribunales contra la arbitrariedad, al estar siempre fundados en hechos, traen aparejadas una convicción y una medida en las que no son susceptibles las teorías separadas de los hechos”. Creo que la descripción sigue siendo válida para Francia y, desde luego, para España.

riesgo de nuevas formas de politización decaen por su notoria endeblez ante un modelo mixto de composición en el que se integran, en la proporción que fije la Constitución de cada Estado donde se haya adoptado ese modelo de gobierno judicial, los vocales elegidos por los jueces y los vocales elegidos por el Parlamento⁷⁵.

La cuestión de fondo que permanece es que si, efectivamente, el Estado constitucional, cuyo prestigio permanece incólume como la más inteligente construcción política para asegurar la libertad y la democracia, y se ha obtenido y no padece ninguna amenaza, ¿por qué se insiste cada vez más en esta cualidad de la independencia del juez? ¿Será que el legislador no es tan democrático cómo se dice? ¿Será que ha dejado de representar al pueblo y pasa a hacerlo de otros intereses? ¿Será que el gobernante no está en realidad sometido a un verdadero control parlamentario, al coincidir su mayoría con la del Gobierno? ¿Será que el imperio de la ley no se aplica de igual forma a todos? Son preguntas retóricas. Seguro que lector imagina las respuestas

5. Una sugerencia como conclusión

Sea en la Unión Europea, sea en los Estados que la integran, el poder judicial es inicialmente el más débil de los poderes en que se distribuye el único poder del Estado porque no desarrolla una función activa sino pasiva. Carece de iniciativa ante un conflicto. Este le tiene que ser propuesto. Sin embargo, puede llegar a ser el más importante, si no el decisivo. Y, sin duda, es de ordinario esencial en un Estado constitucional cuyo fin primordial es ordenar un sis-

⁷⁵ ARNALDO ALCUBILLA, E.: “El Consejo General del Poder Judicial en el Pacto”, en ARNALDO, E., e IGLESIAS, S. [coord.]: *El Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002; p. 53.

tema de garantías en torno a la libertad y la igualdad. Un poder judicial, naturalmente, independiente, imparcial.

En la propuesta de Montesquieu, el poder de juzgar es *invisible et en quelque façon nulle*. Los jueces –en esta concepción ideal– son el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes, que se abstraen de las ideologías eventualmente imperantes en los poderes legislativo y ejecutivo, pero que realizan el derecho concreto al residir en ellos, en caso de que se recurra a su intervención, la última palabra. El poder judicial, siendo el más débil de los poderes, llega a convertirse, si se da la ocasión prevenida por las leyes, en el más importante, pues es el encargado de velar por el derecho según la Constitución.

Aun cuando en las democracias, por desgracia y particularmente en el caso de España, se lanzan como arma arrojada –con una cortés irritación cínica– los dardos de ‘politización de la justicia’ y de ‘judicialización de la política’, como si fueran las dos caras de una moneda, en lo que no hay acuerdo es en el orden de aparición de los términos de ese binomio. Esto es, si la justicia se politiza porque la política se judicializa o sucede al revés. Dicho de otro modo, si es el político quien induce o fuerza al juez a politizarse o es el juez quien, con voluntad de ello, judicializa la actuación del político. Lo que es seguro es que ambas situaciones constituyen una amenaza para el Estado constitucional, lo que es decir para el Estado de derecho.

Los campos del político, sea en la legislación o en el ejecutivo, y del juez son diferentes por concepto. Solo deberían coincidir cuando aquel cometiera una infracción sancionable judicialmente. El político actúa movido según la praxis política por su ideología y su interés y por la oportunidad y conveniencia necesarias para conseguir el poder y, en su caso, poner aquella en práctica y mantenerse

en el poder. El juez actúa a solicitud de parte para decidir, según la racionalidad jurídica, el resultado de un conflicto y se debe únicamente a los hechos probados y a la ley aplicable –no a sus creencias morales, éticas y políticas– en los que fundamenta su decisión.

La politización de la justicia ocurre esencialmente cuando el juez, *motu proprio* (a causa de sus convicciones) o por influencia del poder político, se guía por la praxis política en detrimento de la racionalidad jurídica a la hora de dictar sus resoluciones. Por otra parte, no hay judicialización de la política porque un juez encause a un político si su actuación se basa en la ley. Solo si el juez despliega tal actividad en ausencia de hechos y conductas recogidos en la Constitución y en las leyes, siguiendo su propia subjetividad o la praxis política, o ambas, se incurre en la judicialización de la política.

Esta tensión entre gobernantes y jueces, fruto de la divergencia de roles de ambos poderes, se da con distinta intensidad y extensión en todos los Estados democráticos y, mientras funcionen los mecanismos de garantía para recuperar el equilibrio o devolver a cada uno a su ámbito constitucional de competencias, no debería causar alarma o grave preocupación. Si bien la injerencia de los jueces en la política (‘judicialización de la política’) y el activismo judicial son temas recurrentes y actuales, es la ‘politización de la justicia’, en su variante ‘generada por el poder político’, la que se observa desde hace unos años con fuerza en Polonia y Hungría y, en el límite, España.

Esto se debe a un hecho disfuncional y a un temor correlativo. Se trata de una mala práctica del principio de colaboración entre poderes, propio del régimen parlamentario, por el que se rigen todos los Estados de la Unión Europea. Al elegir el Parlamento al Gobierno, el color político de este ha de coincidir con el de la mayoría parlamentaria, sea mayoría absoluta, sea mayoría muy

amplia pero no absoluta, sea porque ha reunido fuerzas suficientes para conseguir la investidura frente a los que se opongan (caso actual de España). Dado que los parlamentarios deben su puesto al partido que los ha incluido en sus listas electorales, en realidad, el Parlamento ni es el centro del gobierno representativo, es decir, de la democracia, ni consecuentemente controla al Gobierno, sino que se ha convertido en mera caja de resonancia de los deseos del poder ejecutivo-legislativo, donde se trasladan a su vez las direcciones de los partidos políticos.

La clásica división del poder del Estado en los poderes legislativo, ejecutivo y judicial ha quedado reducida a dos. Por un lado, el poder ejecutivo-legislativo y, por otro lado, el poder judicial (y en sentido extenso, el poder del control de la constitucionalidad de las leyes y normas con fuerza de ley), con lo que, en la práctica, se está ante una separación en dos. Si se tiene en cuenta que el poder judicial está sometido por su propia esencia a la ley y esta es hecha por el poder ejecutivo-legislativo, el conflicto está servido, pues por la propia lógica inmanente del poder aquel se expande y quiere someterlo todo a la unidad. Las fuerzas políticas del presente en Occidente, y en Europa en particular, han retrocedido cien años, han abandonado la lógica de la democracia por la lógica del poder y amenazan no solo la libertad y la igualdad en su propios Estados, sino en el interior de la Unión Europea y, por ende, a la propia existencia de la Unión Europea.

Lo que se debe recordar es que el poder judicial y, si se tiene diferenciado, el Tribunal Constitucional –que son inicialmente los poderes más débiles del Estado constitucional por su configuración *pasiva*– pueden devenir paradójicamente en los más importantes, al quedar –si no se violenta la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico– como las últimas instancias para la salvaguardia

de la libertad, la igualdad, los derechos fundamentales, la soberanía del pueblo y la propia división de poderes –esto es, el Estado de derecho–, que son los pilares esenciales en los que se asienta la vida cívica en libertad e igualdad.

Por este motivo, el poder judicial ha de ser cuidado en particular y protegida su misión de dos formas. Por los poderes legislativo y ejecutivo, que tienen la función de articularlo de acuerdo con los principios indicados y sometido todo a la Constitución como norma suprema y jurídica del ordenamiento estatal. Y por la recuperación de una cultura democrática, de tolerancia mutua y sentido institucional, en los agentes políticos de forma especial y también en los jueces. Aquellos para que no presionen o deslegitimen a estos, y estos para que no se vean confundidos en la misión del fundamental poder del Estado que se les ha encargado ejercer o tentados de convertirse en actores políticos del signo que sea.

Si no se trabaja en esos campos y direcciones indicadas respecto de la concepción, configuración y consideración del poder judicial, el devenir será, primero, la decadencia y, finalmente, la muerte del Estado constitucional, es decir, de la libertad y la democracia, porque “todas las democracias de éxito dependen de reglas informales que, pese a no figurar en la Constitución ni en la legislación, son ampliamente conocidas y respetadas”⁷⁶.

⁷⁶ LEVITSKY, S., y ZIBLATT, D.: *Cómo mueren las democracias*. Editorial Planeta. Barcelona, 2018; pp. 121 s.: “Dichas reglas o normas sirven como guardarraíles de la democracia impiden que la pugna política cotidiana desemboque en un conflicto donde todo vale”.

6. Bibliografía citada

- ARNALDO ALCUBILLA, E.: “Las relaciones entre las Cortes Generales y el Poder Judicial: Diagnóstico en el 40 Aniversario de la Constitución”, en *Revista de las Cortes Generales*, n° 104 (segundo cuatrimestre). Madrid, 2018.
- ARNALDO ALCUBILLA, E.: *Las razones del aforamiento*. Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2021.
- ARNALDO ALCUBILLA, E.: “El Consejo General del Poder Judicial en el Pacto”, en ARNALDO, E., e IGLESIAS, S. [coord.]: *El Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- BERLIN, I.: *The proper study of mankind. An anthology of essays*. Farrar, Straus & Giroux. New York, 1998.
- BERZOSA, D.: *Democracia constitucional y opinión pública*. Editorial Thomson-Reuters-Aranzadi. Cizur Menor, 2016.
- BON VALSASSINA, M.: “Profilo dell’opposizione anticostituzionale nello stato contemporaneo”, en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, anno VII, 1957.
- CAGIANUT, F.: *Die Schranken des Staates. Ein Beitrag der Katholischen Naturrechtslehre zu den heutigen Problemen der Staatslehre*. Buchdruckerei Bössigs Erben. Zurich, 1951.
- CONSTANT, B.: *Escritos políticos*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1989.
- CONSTANT, B.: *Curso de política constitucional*. Editorial Comares. Granada, 2006.
- CONSTANT, B.: *Principios de política aplicables a todos los gobiernos*. Katz Editores. Madrid, 2010.

- DE LA CUEVA, M.: “Evolución, instituciones y características del Derecho Constitucional Mexicano”, en *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Vol. 4º (*Miscellanea di Diritto pubblico e privato*). Padova, CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1958.
- DE VEGA, P.: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Editorial Tecnos. Madrid, 1985.
- DE VEGA, P.: “El poder moderador”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n.º 116, abril-junio 2002.
- DÍEZ-PICAZO, L. M.: *Ordenamiento constitucional español*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2020.
- DUGUIT, L.: *Traité de Droit Constitutionnel*, II. Ancienne Librairie Fontemoing & Cie. Paris, 1923.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “Un siglo del nacimiento de una nueva era constitucional, la del constitucionalismo social: la carta de Querétaro de 1917”, en *Revista de las Cortes Generales* (100-102), diciembre 2017.
- FERRERO, G.: *Poder. Los genios invisibles de la ciudad*. Editorial Tecnos. Madrid, 2018.
- FIORAVANTI, M.: *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*. Editorial Trotta. Madrid, 1996.
- GARGARELLA, R.: *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Ediciones Paidós Ibérica. Barcelona, 1999.
- GONZÁLEZ-TREVIJANO, P.: “Discurso de despedida de presidente del Tribunal Constitucional”. Madrid, 9 de enero de 2023.
- GUARNIERI, C., y PEDREZOLI, L.: *Los jueces y la política*. Taurus, Madrid, 1999.

- HARDT, H. L. A.: “Commands and Authoritative Reasons”, en *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*. Oxford University Press. Oxford, 1982.
- HERMOSA, A.: *Libertad y paz: una existencia problemática y una coexistencia conflictiva*. Westfalia Press. Washington DC, 2022.
- JELLINEK, G.: *Teoría general del Estado*. Compañía Editorial Continental. México D. F., 1958.
- JUAN DE SALISBURY: *Policraticus*. Editora Nacional. Madrid, 1984.
- KELSEN, H.: *Teoría general del Estado*. Editora Nacional. México D.F., 1959.
- KELSEN, H.: *Esencia y valor de la democracia*. Editorial Labor. Barcelona, 1977.
- KELSEN, H.: *Teoría pura del derecho*. Editorial Trotta. Madrid, 2011.
- KENNEDY, E.: *Constitutional Failure. Carl Schmitt in Weimar*. Duke University Press. Durham, 2004.
- LESMES, C.: “Acto de apertura del año judicial 2022-2023. Discurso del Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial”. Madrid, 7 de septiembre de 2022.
- LEVITSKY, S. y ZIBLATT, D.: *Cómo mueren las democracias*. Editorial Planeta. Barcelona, 2018.
- LOEWENSTEIN, K.: *Teoría de la Constitución*. Editorial Ariel. Barcelona, 1976.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: “La experiencia europea del Consejo de la Magistratura”, en *Revista del Poder Judicial*, n.º. 52 (53-70). Madrid, 1998.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: *La independencia y el gobierno de los jueces*. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Madrid, 2017.

- LUCAS VERDÚ, P.: *La lucha por el Estado de derecho*. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 1975.
- MARSILIO DE PADUA: *El Defensor de la Paz*. Editorial Tecnos. Madrid, 1989.
- MONTESQUIEU: *Del Espíritu de las Leyes*. Editorial Tecnos. Madrid, 1985.
- MUÑOZ MACHADO, S.: *La reserva de jurisdicción*. Editorial La Ley. Madrid, 1989.
- PÉREZ-SERRANO, N.: *Tratado de Derecho Político*. Editorial Civitas. Madrid, 1984.
- POSADA, A.: *Tratado de Derecho Político, 2*. Librería General de Victoriano Suárez. Madrid, 1916.
- RAWLS, J.: *Political Liberalism*. Columbia University Press. Nueva York, 1993.
- ROSLER, A.: “Decisión política y decisión judicial en Carl Schmitt”, en DONATO, O., y GONZÁLEZ, P. E. (comp.): *Carl Schmitt. Análisis crítico a su obra jurídica, política y filosófica*. Universidad Libre de Colombia. Bogotá, 2011.
- SARTORI, G.: *Teoría de la democracia, 2*. Alianza Editorial. Madrid, 1997.
- SARTORI, G.: *Elementos de teoría política*. Alianza Editorial. Madrid, 1999.
- SCHMITT, C.: *La defensa de la Constitución*. Editorial Tecnos. Madrid, 1983.
- SCHMITT, C.: *Teoría de la Constitución*. Alianza Editorial. Madrid, 1996.
- SCHMITT, C.: *Teología política*. Editorial Trotta. Madrid, 2009.

- TALMON, J. L.: *Los orígenes de la democracia totalitaria*. Aguilar. México, D. F., 1956.
- TOCQUEVILLE, A DE.: *La democracia en América*, 1. Alianza Editorial. Madrid, 1998.
- TOCQUEVILLE, A DE.: *La democracia en América*, 2. Alianza Editorial. Madrid, 1999.
- TORRES JUSTINIANI, J. I.: “El sistema judicial y su rol en las políticas públicas: una mirada a las políticas globales”, en *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, (27), 68–84. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 2021.

TERESA FREIXES SANJUÁN

Catedrática de Derecho Constitucional. Catedrática “Jean Monnet”
ad personam. Vicepresidenta de la Real Academia Europea de Doctores

La independencia judicial de orden interno y externo en la Unión Europea

1. Introducción

La independencia del poder judicial puede ser abordada desde distintas acepciones jurídicas. Por una parte, es una de las garantías de la división de poderes como elemento estructural de nuestras democracias. Por otra, es también una garantía del derecho a un juicio justo, es decir, de la tutela judicial efectiva, que constituye asimismo otro elemento estructural de nuestros sistemas, vinculados al valor justicia y al Estado de derecho.

Para analizar esa independencia es necesario situarla en sus orígenes y abordar la evolución de la que ha sido objeto hasta llegar a su configuración actual, como independencia de orden interno y externo del poder judicial en democracia.

¿División de poderes?, ¿distribución de funciones?, ¿colaboración entre los poderes?, ¿separación flexible entre los mismos? El dogma del constitucionalismo liberal clásico, introducido en la

Constitución de Virginia¹, plasmado en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789², desarrollado por la Constitución francesa de 1791 y recogido en prácticamente todas las Constituciones que se reclaman de una herencia liberal³, ha sido puesto en entredicho ya desde su misma formulación.

Es evidente que, en la actualidad, nos hallamos ante una configuración del Estado mucho más compleja que la existente en la época de Montesquieu⁴. Nuevos fenómenos jurídico-políticos han estructurado relaciones funcionales y orgánicas diferentes de las clásicas. El creciente intervencionismo estatal ha facilitado la interacción entre órganos y la colaboración funcional⁵, llegando a constituir un presupuesto intrínseco al Estado social y democrático de derecho. La adopción del concepto normativo de Constitución⁶ como fundamento de los actuales Estados de derecho ha planteado de facto la adaptación del principio clásico a las formulaciones jurídicas de los modernos textos constitucionales.

¹ Art. 5 de la Constitución de Virginia: “Que los poderes legislativo y ejecutivo del estado deben ser separados y distintos del judicial”.

² Art. 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano: “Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene constitución”.

³ El Capítulo V de la Constitución francesa de 1791 regula con bastante minuciosidad al poder judicial, sobre la base de la separación de poderes. Esta regulación inspira a las constituciones posteriores.

⁴ Montesquieu afirmaba que “los jueces de la nación, como es sabido, no son ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma”. Es evidente que hoy en día la labor interpretativa del juez, aún con los límites propios que pueden serle impuesta, es mucho más amplia que la sugerida por Montesquieu. Ver *El espíritu de las leyes*. Versión española en Dykinson, 2006.

⁵ ARAGÓN, M. “El control como elemento inseparable del concepto de Constitución”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 19, 1987.

⁶ LEPSIUS, O. “El redescubrimiento de Weimar por parte de la doctrina del derecho político de la República Federal”. *Historia Constitucional*, nº 9, 2008.

Montesquieu, examinando e interpretando el funcionamiento político de Inglaterra, imaginó un equilibrio entre los poderes basado en la atribución del legislativo al Parlamento (en el cual estaba incluido el Monarca), el ejecutivo al Gobierno y el judicial a los jueces (buscando al mismo tiempo el equilibrio entre los diferentes sectores sociales en pugna). Pero esta separación-colaboración entre poderes y/o funciones no se entendió igual en el resto de Estados que incorporaron las estructuras básicas del liberalismo. Los constituyentes norteamericanos, los padres fundadores, creyeron ver más allá de las formulaciones de Montesquieu y pretendieron establecer una separación rígida entre los poderes; los revolucionarios franceses llegaron a definir la separación de los poderes como requisito indispensable para la existencia de una Constitución⁷. Y, como consecuencia, el fundamento histórico y la formulación teórica subsiguiente del control judicial sobre el ejecutivo se asentaría sobre bases y con efectos muy diferentes a los del caso inglés. No digamos en Estados como el alemán, italiano y español, que tanto tardaron a estructurarse sobre las bases o la herencia del Estado de derecho. Y, para complicarlo todavía más, la aparición de las organizaciones supranacionales, como la Unión Europea, hicieron replantear esta cuestión, introduciendo un “diálogo entre los jueces” que tiene sus efectos en el control que estos realizan sobre el ejecutivo, sobre todo porque en la UE la colegislación exige que los Gobiernos sean, según Rodríguez Iglesias, al mismo tiempo que Gobiernos nacionales, la Cámara Alta de una estructura federativa cuya labor va también

⁷ BLANCO VALDÉS, R. “La configuración del concepto de constitución en las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana”. *Revista General de Derecho* n° 663, 1997.

a ser controlada por el Alto Tribunal, es decir, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁸.

En todos los sistemas, el principio de seguridad jurídica es básico. Está enraizado en el Estado de derecho, el *Rule of Law* en Estados Unidos, que conlleva el carácter normativo de la Constitución, es decir, que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico. Ello se muestra también, según los sistemas, en una doble fundamentación. La Constitución, por una parte, es una norma que es la norma fundamental de Kelsen en el modelo continental⁹ o a la regla de reconocimiento de Hart¹⁰ en el modelo anglosajón y, en ambos casos, su eficacia es asegurada por órganos de control de constitucionalidad, los Tribunales Constitucionales o los Tribunales Supremos cumpliendo funciones de control constitucional, como muy pronto entre nosotros, tras la adopción de la Constitución de 1978, advirtió García de Enterría¹¹. Incluso en el ámbito de la Unión Europea, los Tratados de la Unión cumplen con esa misma función, ya que se trata de normas que fundamentan el resto de normas europeas y vinculan a los sistemas jurídicos de los Estados miembros de la UE, estando todo ello supervisado, tal como, entre otros, afirma Vecchio, desde una especie de “control de constitucionalidad” que realiza el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asegurando la primacía del Derecho de la UE¹².

⁸ RODRÍGUEZ IGLESIAS, G.C. “La función del Derecho y del Juez en la Unión Europea”. *Arbor*, vol. 167, 2000.

⁹ KELSEN, H. *Teoría pura del derecho*. Eudeba, 2020.

¹⁰ HART, H.L.A. *El concepto de derecho*. Abeledo Perrot, 1992.

¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1979.

¹² VECCHIO, F. *Primacía del Derecho Europeo y salvaguarda de las identidades constitucionales. Consecuencias asimétricas de la europeización de los contralímites*. Boletín Oficial del Estado, vol I, 2015.

No existe, en este contexto, un único modelo de control judicial sobre el ejecutivo, pero sí existe un único principio que se ha ido extendiendo por todo el mundo democrático, que es el consistente en que todo ejecutivo ha de estar sometido al control de los jueces. Los jueces van a ser, en las democracias actuales, la boca que no sólo pronunciará la palabra de la ley, sino que será la última y definitiva voz que dirima los conflictos. De ahí que en muchas ocasiones los ejecutivos pretendan configurar un sistema en el que los jueces puedan ser, si no controlados, sí al menos “influenciados” por quienes gobiernan.

Tampoco existe un único modelo de formación de los órganos judiciales. En el modelo continental, aquel en el que estamos insertos, la profesionalización de la función es considerada como esencial para la independencia de los jueces, de tal modo que el poder político no debe tener intervención en su nombramiento (el caso de los Tribunales Constitucionales, que no son poder judicial, aunque ejercen jurisdicción, es distinto). En el modelo anglosajón, básicamente Reino Unido y Estados Unidos, la independencia se asegura mediante la valorización de la capacidad profesional precedente, la elevada preparación cultural y el enraizamiento sociopolítico con la colectividad, por lo que quien nombre a los jueces (gobernador, elección popular, tribunal profesional o presidente de los Estados Unidos) es irrelevante a los efectos de garantizarles independencia. En ambos modelos lo esencial es garantizarles independencia. Sin ella la división de poderes salta por los aires. De ahí que resulte imprescindible abordar las dos vertientes que presenta en la Unión Europea la independencia del poder judicial: la interna y la externa.

2. Independencia interna y externa: concepto e indicadores

La independencia del juez constituye un elemento fundamental de la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución española (en adelante CE), que se corresponde con el derecho al proceso equitativo del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH). Ello implica que tenga capacidad autónoma para emitir su juicio tanto en relación con las partes del litigio o con el resto de integrantes del poder judicial como respecto de factores, poderes o presiones externas al poder judicial¹³. De ahí que se distinga entre independencia interna e independencia externa, aunque en ocasiones estén interrelacionadas. La relación y su conjunción son esenciales, puesto que sin jueces independientes no hay Estado de derecho. No se trata, pues, como afirma Lucas Murillo, “de una cuestión de calidad sino de existencia”¹⁴.

2.1. La independencia interna

La independencia interna supone, por una parte, ausencia de presiones desde dentro del poder judicial y, en especial, advierte Bustos Gisbert, desde las presidencias de tribunales colegiados o de tribunales

¹³ No vamos a incluir en estas apreciaciones al juez de instrucción español. El fundamento de tal exclusión es que se trata de una figura autóctona, que no existe en otros sistemas en los que la instrucción de la causa queda atribuida a otros órganos, como puede ser el fiscal y que se trata de garantizar la independencia de quien juzga, es decir, emite sentencias y resoluciones y hace ejecutar lo juzgado en el sentido del art. 117.1 CE. Un análisis sobre las características de esta figura y la necesidad de reformularla lo encontramos en CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F. “Esperando al juez de garantías (a propósito del nuevo Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal)”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 124, 2022. Este autor distingue entre objetividad, que sí la reclama para la instrucción, de independencia, que la reserva al juez juzgador.

¹⁴ LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. “Encuesta sobre la independencia del Poder Judicial”. *Teoría y Realidad Constitucional* n° 38 2016.

superiores hacia los inferiores¹⁵. Pero, además, la independencia del juez respecto a las partes en conflicto, la otra variante de la independencia interna, se vincula a la neutralidad e imparcialidad que ha de ostentar la persona que, señala Pérez Alonso, en su condición de árbitro o mediador, ha de resolver el conflicto entre dos partes en liza¹⁶.

Por un lado, el aspecto interno de la garantía de independencia interna entre jueces viene resuelto por el sistema de recursos, implicando que sea necesario justificar, en su caso, el cambio de criterio en la decisión judicial, ya que nuestro sistema no permite la imposición del criterio de un juez superior sobre otro inferior *per se*, sino que en su caso la corrección de la decisión tiene que estar sujeta a criterios jurídicos presididos también por la imparcialidad imperante en el sistema. El juez tiene que ser libre para decidir en Derecho, es decir, que no puede estar presionado, directa o indirectamente, por cualquier otra autoridad judicial, incluidos los consejos judiciales u organismos de gobierno del poder judicial. Se trata, pues, para Pérez Alonso, de una “indemnidad del juez frente a presiones del propio poder judicial”¹⁷. Ello puede, como veremos posteriormente, plantear algún riesgo en los sistemas en los que los tribunales superiores generen “instrucciones” o “guías” como criterios de actuación o interpretación para ser seguidos por los jueces y tribunales inferiores; pero en nuestro sistema ello no pasa de ser mero *soft law*, es decir, criterios de orientación de los que el juez que tenga que dictar sentencia se puede apartar argumentadamente.

¹⁵ BUSTOS GISBERT, R. “Encuesta sobre la independencia del Poder Judicial”. *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 38, 2016.

¹⁶ PÉREZ ALONSO, J. “La independencia del Poder Judicial en la Historia constitucional española”. *Historia Constitucional*, nº 19, 2018.

¹⁷ PÉREZ ALONSO, J. Ob cit.

Por otro lado, la independencia frente a las partes se garantiza a través de las leyes procesales, mediante los mecanismos de recusación y abstención, que pueden utilizar tanto las partes como el propio juez del caso. Esta vertiente de la independencia viene generada por la imparcialidad que el órgano judicial debe guardar respecto a las partes del litigio y a los intereses en juego que puedan existir en relación con el objeto del litigio, tal como advierte Krzyworn¹⁸. Por ello, los instrumentos de defensa de la independencia interna pueden ser activados tanto por el propio juez, si advierte que su imparcialidad puede estar en peligro, como por una de las partes, si piensa que la otra parte puede tener vínculos que la pongan en riesgo. Evitar los conflictos de intereses constituye, desde esta perspectiva, un importante presupuesto de la independencia del poder judicial.

2.2. La independencia externa

Contar con un poder judicial independiente supone protegerlo de injerencias externas al mismo, ya sea por parte de los poderes públicos o, incluso, de particulares. En el primer caso está íntimamente relacionada por la forma como se articule la división de poderes; en el segundo vendrá determinada por cómo se pueda hacer frente a grupos de presión, especialmente los cada vez más complejos medios y redes de comunicación.

El juez, ya sea juez constitucional u ordinario, ha de estar protegido frente al resto de poderes del Estado, puesto que es quien tiene que dirimir las disputas entre ellos y verificar la adecuación del legislativo y el ejecutivo a la Constitución y a las leyes. Su posi-

¹⁸ KRZYWON, A. “La defensa y el desarrollo del principio de independencia judicial en la Unión Europea”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 119, 2020.

ción en la división de poderes es clara al respecto: los poderes legislativo y ejecutivo no pueden invalidar las decisiones del poder judicial¹⁹. Por ello es necesario, estipula Bustos Gisbert, que el sistema jurídico “adopte las medidas necesarias para promover, respetar y proteger la independencia e imparcialidad de los jueces, incluso mediante la imposición de sanciones por el ejercicio de presión indebida sobre ellos”²⁰.

Es importante señalar al respecto que, para garantizar esta independencia externa, los poderes legislativo o ejecutivo no pueden emitir juicios de valor, sugerencias o críticas que puedan minar la credibilidad objetiva de los jueces frente a la ciudadanía. Los jueces no están situados, como el legislador o el gobierno, en la arena política, donde la crítica puede ser feroz y está amparada por la libertad de expresión con altas garantías, sino que aparecen en el entramado constitucional como los garantes de los derechos, como la última institución en la que se dirimen los conflictos (incluidos los conflictos que, pese a tener que ser objeto de decisión jurídica, puedan tener un origen político). De ahí que si, por una parte, los jueces deben garantizar el valor justicia, por otra parte, constituyen también, como ya ha sido afirmado, la garantía del proceso equitativo y ello no es posible sin esa independencia externa frente al resto de poderes públicos.

También cabe exigir la independencia judicial frente a presiones externas que puedan ser realizadas por particulares, ya sean personas

¹⁹ Quedaría excluido el tema del indulto, pero ello no supone revisión de los casos, sino perdón o conmutación, total o parcial, de la pena impuesta.

²⁰ Así lo recomienda el Comité de Ministros del Consejo de Europa en la “Recomendación sobre Jueces: independencia, eficiencia y responsabilidades (2010)”. Ver BUSTOS GISBERT, R. “La influencia de los textos no vinculantes del Consejo de Europa sobre independencia judicial en el TEDH y en la UE”. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 47, 2021.

físicas o jurídicas, grupos y demás componentes de lo que se suele llamar “opinión pública”. Es evidente que las decisiones judiciales, sobre todo en casos mediáticos, ofrecen un interés público que origina que estén presentes en el debate en medios de comunicación de todo tipo, incluidas hoy en día las denominadas redes sociales. Muchos órganos judiciales cuentan con gabinetes de comunicación para dar las debidas informaciones sobre el desarrollo de los procesos y el contenido de las resoluciones y sentencias. La información sobre cuestiones judiciales interesa, pues, a la opinión pública y ello puede a su vez generar presiones sobre los jueces y tribunales. No entraremos en ello, pero los llamados “juicios paralelos” pueden derivar en presiones indebidas sobre los juzgadores²¹, así como el señalamiento, a veces agresivo, con que los jueces pueden ser objeto en las redes sociales, y no cabe duda de que ambos van dirigidos a influir en la decisión que el juez pueda tomar en un caso concreto, poniendo en riesgo su independencia y, con ello, la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos.

Por todo ello, la independencia del poder judicial, tanto interna como externa, ha tomado tal importancia que, conforme a las recomendaciones del Consejo de Europa, constituye un indicador en lo que se denominan las *checklist* sobre Estado de derecho²², cuya puesta en riesgo puede originar serios problemas al país en el que tal independencia no fuera suficientemente respetada.

²¹ Existe una nutrida jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional al respecto que no abordamos aquí por exceder del objeto de este trabajo, pero cuya existencia es importante constatar.

²² Tales indicadores son: 1) Supremacía del Derecho; 2) Seguridad jurídica; 3) Prohibición de la arbitrariedad; 4) Acceso a la jurisdicción ante tribunales independientes e imparciales; 5) Respeto a los derechos fundamentales; 6) No discriminación e igualdad ante la ley. BUSTOS GISBERT, R. “La influencia de los textos no vinculantes del Consejo de Europa sobre independencia judicial en el TEDH y en la UE”. Ob. Cit.

2.3. Indicadores de la independencia judicial

Comprobar si la independencia judicial está vigente en un país concreto debe hacerse teniendo en cuenta criterios objetivos, los cuales van a derivar de una serie de factores que se ha observado se vienen repitiendo en la práctica de los diversos sistemas judiciales. Es muy utilizado el índice de pautas elaborado en Estados Unidos por Gur-Arie y Wheeler²³, que tiene en cuenta cinco indicadores:

- Seguridad de permanencia en el cargo y de compensación. Ello implica que los jueces puedan permanecer en el cargo hasta la edad de jubilación forzosa o, en el caso en que su mandato tenga una duración determinada, hasta que este termine, salvo que se den circunstancias legalmente previstas, fundamentadas en motivos legítimos y que respondan al principio de proporcionalidad.
- Administración autónoma del poder judicial, por parte de órganos que no respondan a mandatos políticos sino a criterios de autogobierno por parte de los jueces.
- Existencia de medidas para prevenir conflictos de intereses y promover la confianza pública. Las ya mencionadas causas de abstención y recusación, junto con el régimen de recursos responden a esta finalidad.
- Establecimiento de medidas para promover la rendición de cuentas. El sistema judicial debe contar con instrumentos que impulsen el control contable, por una parte, y el control de calidad en el ejercicio de sus funciones, por otra.

²³ GUR-ARIE, M y WHEELER, R. “La independencia judicial en los Estados Unidos: temas de actualidad e información relevante sobre antecedentes”. *Pautas para promover la independencia y la imparcialidad judicial*, Washington DC: USAID, 2002.

- Expectativa cultural de que los jueces deben comportarse independientemente, porque la justicia no sólo tiene que ser justa, sino que debe también tener apariencia de independencia e imparcialidad. Para estos autores, ser un juez, en los Estados Unidos, es decidir sobre casos de acuerdo con la ley y los hechos, a pesar de las presiones de patrocinadores políticos y aun de la opinión popular o de los tribunales superiores u otros órganos del poder público.

De otros autores, como Krzywón²⁴, podemos también derivar indicadores de la independencia judicial:

- Composición reglada de los órganos jurisdiccionales conforme a los principios de legalidad y previsibilidad.
- Regulación precisa del modo de designación de los jueces.
- Duración clara del mandato de cada juez.
- Establecimiento legal de las causas de abstención y recusación.
- Protección de los jueces frente a todo tipo de presiones.
- Existencia de mecanismos de responsabilidad disciplinaria.

La finalidad del establecimiento de estos instrumentos de garantía de la independencia de cualquier órgano judicial, para Krzywón, no es otra que “excluir toda duda legítima en el ánimo de los justiciables en lo que respecta a la impermeabilidad de dicho órgano frente a elementos externos y a la neutralidad con respecto a los intereses en litigio”.

²⁴ KRZYWON, A. “La defensa y el desarrollo del principio de independencia judicial en la Unión Europea”, citado.

3. Riesgos y peligros

La independencia judicial está sometida a riesgos y no queda exenta de peligros. Ello puede ser observado tanto en España como en otros países de la Unión Europea. Ciertamente no estamos ante un fenómeno extraño o singular puesto que, ya desde Hamilton, cuando este abogaba por la ratificación de la Constitución de los Estados Unidos, consideró necesaria una “administración firme, recta e imparcial de las leyes” realizada por un poder judicial que ostentara “firmeza e independencia”. Afirmaba, asimismo que “tendría mucho que temer si ocurriera la unión [del poder judicial] con el poder legislativo o el ejecutivo”²⁵.

3.1. Las “técnicas” de presión

Partiendo, pues, de esta consideración, observando los problemas que hoy en día atenazan al poder judicial en diversos ámbitos, podemos señalar algunos de los más significativos, que se producen tanto bajo formas solapadas como en forma más o menos directa o abierta, bajo la premisa de que el ejecutivo o el legislativo, pueden estar sujetos a la tentación de controlar en alguna manera al poder judicial para subordinarlo a los intereses del poder político. Teniendo en cuenta que, a pesar de que solemos tomar a Estados Unidos como modelo de separación de poderes, hay que señalar que precisamente es en este país donde más se han producido y estudiado todas las metodologías posibles dirigidas a intentar que los jueces estén controlados por el ejecutivo. En el caso de los Estados miembros de la UE, en los que los sistemas meritocráticos constituyen la base del acceso a la judicatura (por contraste con el sistema americano), se están dando también casos similares de utilización

²⁵ HAMILTON, A. El Federalista, n° 78.

de distintos mecanismos que provocan graves problemas en relación con la independencia judicial. Destacaremos los que enumera Krzywón, teniendo en cuenta lo descrito por Sadursky, Espósito, Brzozowski o Chang, entre otros²⁶:

- *Constitutional populism* o *democratic backsliding*. Se denomina de tal modo a los asaltos directos que a veces se producen contra las agencias públicas independientes, especialmente mirando la estabilidad y la autonomía del poder judicial, con el fin de subordinar el funcionamiento de los tribunales al factor político²⁷.
- *Winer takes it all*. Este concepto se aplica cuando la mayoría parlamentaria, ignorando las normas constitucionales, está actuando según el concepto político de “el ganador se lo lleva todo”. Con ello, tal mayoría se cree legitimada para introducir cambios profundos en el sistema judicial nacional dirigidos a establecer el control del poder ejecutivo sobre el judicial²⁸.
- *Court-packing* o “empaquetado de un tribunal”. Técnica consistente en incrementar el número de jueces en un tribunal determinado, utilizada sobre todo en los altos tribunales en cuyo nombramiento intervienen órganos políticos, permitiendo a la

²⁶ KRZYWON, A., en “La defensa y el desarrollo del principio de independencia judicial en la Unión Europea”, citado, señala lo expuesto por los analistas mencionados, teniendo muy en cuenta el enfrentamiento entre el Gobierno y el Poder Judicial en Polonia, en donde han sido utilizadas estas “técnicas”, así como las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al respecto.

²⁷ SADURSKI, W. “How democracy dies (in Poland): a case study of anti-constitutional populist backsliding”. *Forumul Judec torilor*, 1/2018.

²⁸ ESPOSITO, G. “Judicial Integrity and Judicial Independence: Two Sides of the Same Coin”. Pinto de Albuquerque, P., Wojtyczek, K. (eds). *Judicial Power in a Globalized World*. Springer, Cham, 2019.

mayoría de turno presentar sus candidatos y controlar el proceso de los nombramientos²⁹.

- Destitución de los jueces a través de diversos mecanismos como, por ejemplo, avanzando su edad de jubilación o prorrogando su mandato más allá del límite establecido³⁰.

Podríamos añadir, teniendo en cuenta el precedente de España, otra “técnica” que intenta facilitar que el ejecutivo se inmiscuya en el nombramiento de jueces o magistrados de altos tribunales, cuando son los órganos políticos quienes tienen legalmente a su cargo tales designaciones, consistente en dilatar más de lo debido la renovación de los mandatos judiciales. Ello también puede ser aplicado al caso de la renovación de órganos de gobierno judicial, como es el caso del Consejo General del Poder Judicial español.

3.2. Los condicionantes ideológicos

Desde otro orden de consideraciones, teniendo en cuenta que los juzgadores tienen, lógicamente, su propia posición personal frente a la vida y ello puede tener cierta influencia a la hora de juzgar, López Aguilar contrapone “la acepción ‘negativa’ de la indicada independencia (para afirmar, esencialmente, jueces independientes

²⁹ CHANG, W. “Back into the political? Rethinking judicial, legal, and transnational constitutionalism”. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 17, no 2, 2019.

Esta técnica es un clásico en la historia constitucional de Estados Unidos, puesto que ya fue utilizada para “garantizar” la constitucionalidad del *New Deal*. La controversia sobre su adecuación a los principios constitucionales es ingente desde entonces.

³⁰ BRZOZOWSKI, W. (2018). “The Removal of Judges and the Rule of Law”. *Rule of Law at the Beginning of the Twenty-First Century*. M. Belov (Ed.). Eleven International Publishing, 2018.

del poder ejecutivo, en lo que se denomina ‘reserva de jurisdicción’ para los titulares de ese poder del Estado, al margen de cuál sea el sistema de acceso o reclutamiento del servicio a ese poder) frente a una acepción positiva (que complementa la anterior con ‘exclusiva dependencia del imperio de la ley’ de jueces y magistrados en su función jurisdiccional consignada en el art. 117.1 CE)”³¹. De este modo, siempre podría mantenerse la duda acerca de la corrección jurídica y ética en la formación y composición de los órganos jurisdiccionales o de gobierno de los jueces.

Y aún más reciente todavía lo es la problemática de la contraposición de la “independencia” del juez como garantía funcional del juez en el acto de “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado” respecto de las amenazas (y de la consiguiente carencia de protección efectiva y suficiente) de esa misma independencia frente a “presiones y/o coacciones provenientes de otras esferas de poder no formalizadas por la Constitución: poderes fácticos, financieros, económicos y mediáticos”³². Así también advierte López Aguilar de los riesgos que actualmente se prodigan en bastantes ámbitos. Las presiones a que han sido sometido los jueces alemanes cuando se han pronunciado respecto de, por ejemplo, la mutualización de la deuda en la UE, responden a esta situación.

Como bien afirma Bustos Gisbert: “No es ocioso recordar... el ataque a la independencia Judicial sufrido por el poder judicial en Hungría y a duras penas contenido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a instancias de la Comisión (anulando la jubilación anticipada por reforma legal de los jueces menores de 62 años para librarse de los miembros de las más altas magistraturas del Estado) o

³¹ LÓPEZ AGUILAR, J. F. “Encuesta sobre la independencia del Poder Judicial”. *Teoría y Realidad Constitucional* n° 38, 2016.

³² LÓPEZ AGUILAR, J.F. Ob cit.

del propio TEDH (estableciendo la obligatoriedad de la revisabilidad judicial y el respeto al proceso debido en toda decisión legal e incluso constitucional que suponga la exclusión de jueces del ejercicio de sus cargos en *Baka c. Hungría* siguiendo la triste línea iniciada por la Corte Interamericana en *Reverón Trujillo c. Venezuela* –bajo el gobierno de Hugo Chavez–, Tribunal Constitucional c. Perú –bajo Fujimori– o Tribunal Constitucional c. Ecuador –bajo Correa–)”³³.

Y continúa insistiendo en “destacar la aparición de fenómenos que quizás tengan más que ver con la imparcialidad objetiva (que resulta difícilmente separable a menudo de la independencia) y que se vinculan a la aparición de una cierta ‘promiscuidad grupal’ entre personas vinculadas a la carrera judicial que, a través sistemas de apoyo mutuo, que se parecen demasiado a formas de clientelismo, generan inquietud cuando no escándalo en la opinión pública”³⁴. Es evidente que el pensamiento íntimo del juez siempre puede estar latente en el ejercicio de su función jurisdiccional, pero ello no invalida su posición de independencia; el problema vendría dado cuando, agrupados los jueces en organizaciones que puedan tener, directa o indirectamente, sustratos ideológicos, la posición del grupo pudiera condicionar la actuación del juez o tribunal individualmente considerados.

4. La posición de los tribunales europeos y las recomendaciones de los órganos de control

Conscientes de los peligros y tensiones a que pueden estar sometidos los órganos judiciales, desde distintas instancias internacionales

³³ BUSTOS GISBERT, R. “Encuesta sobre la independencia del Poder Judicial”. *Teoría y Realidad Constitucional* n° 38, 2016.

³⁴ BUSTOS GISBERT, R. “Encuesta sobre la independencia del Poder Judicial”. Citado.

han formulado una serie de interrogantes acerca de si se cumple o no con la garantía de esa independencia, tanto externa como interna, exigida por las constituciones y los tratados internacionales en el ejercicio de la función jurisdiccional. Abordaremos aquí, siquiera sucintamente, la posición de los tribunales europeos³⁵ y la de los órganos de control que desde la UE y el Consejo de Europa han emitido sentencias o recomendaciones al respecto.

4.1. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

En el caso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el primer asunto en el que fue abordada directamente la independencia judicial fue en la Sentencia del 27 de febrero de 2018, relativa a la Asociación Sindical de los Jueces Portugueses, que ha pasado a ser el *lead case* europeo de la garantía de la independencia judicial³⁶. La base jurídica

³⁵ También el Tribunal Internacional de Justicia ha abordado este tema. Lo ha hecho en ocasiones de forma indirecta, al ser puesta en entredicho, entre otros por Remiro Brotons, cuando se trata de un tribunal permanente que puede hacer tanto de juez como de árbitro (el *double-batting* o “doble sombrero”). Se hace eco de posiciones como, entre otros, pues el posible conflicto de intereses en la doble función ha sido advertido también en otros casos, la de Sands cuando se pregunta cómo afrontar el hecho de que un juez nombrado por un Estado pueda simultanear su función con el arbitraje, máxime cuando en algunos supuestos puede percibir emolumentos al margen de su función judicial por la función arbitral. No se trata de un supuesto que tengamos cercano, pero no está de más advertir acerca de esta cuestión que podría afectar, especialmente, a la apariencia de imparcialidad del juez. Ver al respecto REMIRO BROTONS, A., “Nominación y elección de los jueces de la Corte Internacional de Justicia”. *El arreglo pacífico de controversias internacionales*. E.M. Vázquez, M.D. Adam y N. Cornago (eds). Tirant lo Blanch, 2013. También MACKENZIE, R. and SANDS, Ph. “International courts and tribunals and the independence of the international judge”. *Harvard International Law Journal* n° 44, 2003.

³⁶ Véase, al respecto, GARCÍA-VALDECASAS DORREGO, M.J. “El Tribunal de Justicia, centinela de la independencia judicial desde la sentencia Associação sindical dos juizes portugueses (ASJP)”. *Revista Española de Derecho Europeo* n° 72, 2019.

de la sentencia se centró en cómo interpretar el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales, a los efectos de garantizar, mediante la independencia judicial, la tutela judicial efectiva de los derechos en la UE, teniendo en cuenta la línea de jurisprudencia esbozada previamente por este Tribunal³⁷.

Al respecto, para Krzywón, la independencia judicial constituye un elemento de suma importancia en la hipotética aplicación del art. 7 del Tratado de la Unión Europea, relativo al procedimiento de sanción por infracción de valores, a un Estado sobre el que se planteen dudas acerca de la independencia efectiva de sus jueces. Y ello se proyecta, según este autor, en otros instrumentos del Estado de derecho, como son las órdenes europeas de detención y entrega, puesto que un Estado puede resistirse, argumentadamente, al requerimiento de otro Estado solicitante si existen razones serias y fundadas para creer que la persona de que se trate corre el riesgo real de ser sometida a un trato inhumano o degradante. Tanto el recurso de incumplimiento como la formulación de la cuestión prejudicial serían instrumentos adecuados para salvaguardar, desde tales perspectivas, la independencia judicial en el marco de la UE.

³⁷ Así, las sentencias de 25 de julio de 2018, Minister for Justice and Equality (deficiencias del sistema judicial), C-216/18 PPU, EU:C:2018:586; de 24 de junio de 2019, Comisión/Polonia (independencia del Tribunal Supremo), C-619/18, EU:C:2019:531; de 5 de noviembre de 2019, Comisión/Polonia (independencia de los tribunales ordinarios), C-192/18, EU:C:2019:924, y de 19 de noviembre de 2019, A. K. (independencia de la Cámara Disciplinaria del Tribunal Supremo), asuntos acumulados C-585/18, C-624/18 y C-625/18, EU:C:2019:982. Véase, al respecto, KRZYWÓN, A. “La defensa y el desarrollo del principio de independencia judicial en la Unión Europea”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 119, 2020.

No olvidemos, tampoco, como bien señala, entre otros, Spano³⁸ que los jueces son los garantes de los derechos, no sólo en el Derecho de la UE sino en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como ya ha sido advertido con anterioridad. De ahí la importancia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto.

Para Spano, la independencia judicial ha de ser contemplada tanto *de jure*, incorporando el derecho garantías claras sobre la misma, como *de facto*, es decir, presidiendo de manera efectiva la práctica de los poderes públicos³⁹. Si la tutela judicial efectiva, o el derecho al proceso equitativo, deben ser garantizados en toda la UE y sus Estados miembros, es evidente la necesidad de que se garantice a su vez la independencia judicial, pues ya hemos visto, también, que constituye uno de los indicadores de la *checklist* del Estado de derecho.

El asunto sobre la detención de jueces en Turquía tras el intento de golpe de estado en 2016 ha sido también abordado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde la perspectiva de la confianza pública⁴⁰, es decir, la seguridad que debe tener la sociedad acerca de la independencia e imparcialidad de los jueces como garantes de la justicia, que constituye un valor fundamental del Estado de derecho.

³⁸ SPANO, R. “El Estado de derecho como estrella polar de la Convención Europea de Derechos Humanos: el Tribunal de Estrasburgo y la independencia del Poder Judicial”. *Revista de Derecho Político*, n° 112, 2021.

³⁹ Ver estos dos aspectos de la independencia judicial, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Oleksandr Volkof vs. Ucrania de 9 de enero de 2013, Baka c. Hungría de 23 de junio de 2016 o Rinau c. Lituania de 14 de enero de 2020.

⁴⁰ Asunto Bas c. Turquía de 3 de marzo de 2020.

4.2. Las recomendaciones de los órganos del Consejo de Europa y de la Unión Europea

Hasta hace relativamente poco tiempo ha sido el Consejo de Europa quien, a través de sus órganos especializados, ha emitido una serie de recomendaciones (textos de *soft law*) inspiradas a menudo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Básicamente han sido la Recomendación del Consejo de Ministros 94(12), la Carta Europea sobre el Estatuto de los Jueces (1998), la creación y actividad de la Comisión de Venecia a partir de 1990 y la del Consejo Consultivo de los Jueces Europeos (CCJE) en 2000.

Sintetizando al extremo el contenido de estos textos⁴¹ se desprende la necesaria constitucionalización de los principios de independencia judicial (garantizando su separación del resto de poderes del Estado), la obligación de garantizar la independencia de los jueces por parte de los otros poderes públicos, la necesidad de establecimiento de sanciones contra todo aquel que intente presionar a los jueces, el derecho de todo juez a tener garantizado el ejercicio de su cargo hasta la edad legal de jubilación o el fin del plazo para el que fue nombrado, la exclusiva sujeción de los jueces a la ley, la inexistencia de distinciones entre los propios jueces (que solo se diferencian por sus diversas funciones), el derecho al juez natural y el principio de inamovilidad, el mérito y la aplicación de criterios objetivos en el marco de la ley como base del nombramiento y promoción de los jueces. En lo referente al estatuto de los jueces se subraya la importancia de las normas de incompatibilidad y de recusación, el carácter vitalicio o hasta que termine el mandato de los nombramientos de

⁴¹ Véase un análisis pormenorizado en BUSTOS GISBERT, R., “La influencia de los textos no vinculantes del Consejo de Europa sobre independencia judicial en el TEDH y en la UE”. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 47, 2021.

jueces (destacando el carácter problemático de la existencia de periodos de prueba), la revisión judicial de las decisiones de los órganos disciplinarios, la remuneración suficiente, la inmunidad (sólo) funcional de los jueces, la inexistencia de relaciones de subordinación con respecto a otros jueces y el respeto al juez natural en el reparto de los asuntos. En lo relativo al gobierno judicial, el Consejo de Europa apoya la creación de consejos judiciales independientes con una composición plural en la que una parte sustancial, si no mayoritaria, de sus miembros sean jueces elegidos por sus pares, teniendo este órgano una asignación presupuestaria suficiente y garantizando la participación del propio poder judicial.

4.3. Los informes y estudios de la Comisión de Venecia

La Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho, denominada también Comisión de Venecia por el lugar donde tiene su sede, se ha ocupado en reiteradas ocasiones de la independencia de los jueces. La base jurídica de su análisis se sitúa fundamentalmente en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, aunque también tiene en cuenta, como orientaciones, otros textos europeos o internacionales⁴².

La posición general de la Comisión deriva del Informe sobre la Independencia del Sistema Judicial⁴³, al que siguen diversos informes sobre casos concretos, ninguno de ellos referido directa-

⁴² Así, por ejemplo, en el marco de las Naciones Unidas, el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura adoptados en 1985 o los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial adoptados en 2002.

⁴³ COMMISSION DE VENICE. *Rapport sur l'indépendance du système judiciaire. Partie I: L'indépendance des juges*. Adopté par la Commission de Venise lors de sa 82^e session plénière (Venise, 12-13 mars 2010).

mente a España, aunque sí pueden resultar útiles los postulados que de ellos se derivan. En tal sentido, se enumeran, traducidas⁴⁴, las conclusiones de este Informe de la Comisión de Venecia. En concreto, en el número 82, con el rótulo relativo a que “Los Estados deben respetar las siguientes normas para garantizar la independencia judicial interna y externa”, se enumeran las siguientes:

1. Los principios fundamentales relativos a la independencia de los jueces deberían estar consagrados en la Constitución o en un texto equivalente. Estos principios son: el poder judicial es independiente de los otros poderes del Estado; los jueces sólo están sujetos a la ley; sólo se distinguen por sus funciones; el principio del juez natural o legal preconstituido por la ley; el principio de la inamovilidad de los jueces.
2. Todas las decisiones relativas al nombramiento y la carrera profesional de los jueces deben basarse en el mérito, evaluado por criterios objetivos en el marco de la ley.
3. Las normas sobre la incompatibilidad de la función judicial con otras funciones y la recusación de los jueces son un componente esencial de la independencia judicial.
4. Es conveniente, para garantizar la independencia del poder judicial, que un consejo judicial independiente desempeñe un papel decisivo en las decisiones sobre el nombramiento y la carrera de los jueces. Respetando la diversidad de los sistemas jurídicos, la Comisión de Venecia recomienda a los Estados que aún no lo hayan hecho que consideren la posibilidad de crear un consejo judicial independiente. La composición de dicho

⁴⁴ La traducción es responsabilidad del autor, teniendo en cuenta la versión francesa del Informe.

- consejo debería, en cualquier caso, ser pluralista, con jueces que representen una parte significativa, si no la mayoría, de sus miembros. A excepción de los miembros de oficio, estos jueces deben ser elegidos o designados por sus pares.
5. Los jueces ordinarios deben ser nombrados de forma permanente hasta su jubilación. En el caso de los jueces, los períodos de prueba son problemáticos desde el punto de vista de la independencia.
 6. Los consejos de la judicatura, o los tribunales disciplinarios, deben desempeñar un papel decisivo en los procedimientos disciplinarios. Debe ser posible recurrir las decisiones de los órganos disciplinarios.
 7. Los jueces deben tener garantizado un nivel de remuneración acorde con la dignidad de su cargo y el alcance de sus tareas.
 8. Las primas y los beneficios en especie, cuya concesión implica un elemento de apreciación, deben eliminarse progresivamente.
 9. En cuanto al presupuesto del poder judicial, las decisiones sobre la asignación de recursos financieros a los tribunales deben tomarse respetando plenamente el principio de independencia judicial. El poder judicial debería tener la posibilidad de dar su opinión sobre el proyecto de presupuesto presentado al Parlamento, posiblemente a través del consejo judicial.
 10. Los jueces deberían tener inmunidad funcional, pero sólo funcional.
 11. No se debe poner a los jueces en una situación en la que se pueda cuestionar su independencia o imparcialidad. Esta es la razón de las normas nacionales relativas a la incompatibilidad de la función judicial con otras funciones. También es la razón por la que muchos Estados restringen las actividades políticas de los jueces.

12. Los Estados pueden establecer que la función judicial es incompatible con otras funciones. Los jueces no ejercerán funciones ejecutivas. No se permitirán actividades políticas que puedan socavar la imparcialidad judicial.
13. Las decisiones judiciales no deben estar sujetas a revisión fuera de los procedimientos de apelación, en particular a raíz de un recurso del fiscal o de cualquier otro organismo estatal tras la expiración del plazo de apelación.
14. Para garantizar que las presiones indebidas no impidan el curso de la justicia, debería considerarse la posibilidad de aplicar el principio de *sub judice* de una manera cuidadosamente redactada que logre el equilibrio adecuado entre la necesidad de proteger el curso de la justicia, por un lado, y la libertad de prensa y el debate público sobre asuntos de interés público, por otro.
15. El principio de independencia judicial interna implica que la independencia individual de cada juez es incompatible con una relación de subordinación de los jueces en el ejercicio de su actividad judicial.
16. En aplicación del principio del juez natural o legal preconstituido por la ley, la asignación de los casos a los diferentes jueces debe regirse por criterios objetivos y transparentes, establecidos de antemano por la ley o por una regulación especial basada en la ley, como el reglamento del tribunal. Las excepciones deben estar justificadas.

5. La conexión entre el valor del “Estado de derecho” y la independencia del poder judicial: consecuencias y propuestas de mejora

Para abordar la conexión entre el Estado de derecho como valor de la UE (art. 2 TUE) es necesario remontarse al Consejo de la Haya

en 1949 con la creación del Consejo de Europa, cuando se adoptó lo que ha sido el frontispicio inscrito en toda organización europea: sin Estado de derecho no hay democracia y sin democracia no hay derechos humanos. Esta concepción está también en la base de la instauración de la Comisión de Venecia, pues no en vano pretende garantizar la democracia a través del derecho.

Desde esta perspectiva, tal como se ha resaltado en el Estudio de la Comisión sobre el Informe relativo a los Mecanismos de Refuerzo de los Valores del Art. 2⁴⁵, el Estado de derecho no puede entenderse sin el principio de legalidad, el acceso al juez independiente e imparcial, el respeto de los derechos fundamentales y la igualdad y no discriminación ante la ley. Por lo que es necesario defender el Estado de derecho con todos sus componentes, independencia judicial incluida, no sólo frente a los grandes desafíos que han sido puestos en evidencia en los casos de Polonia y Hungría, sino también frente a lo que podríamos denominar vulneraciones ordinarias que, sin tener la trascendencia política que tienen las primeras, afectan también en forma directa y sistémica a la democracia y, sobre todo, a los derechos fundamentales.

Desde este orden de consideraciones, tal como expuse en el *Hearing* que sobre el Estado de derecho organizaron conjuntamente las Comisiones de Asuntos Constitucionales y de Libertad, Seguridad y Justicia (AFCO y LIBE)⁴⁶, el Estado de derecho re-

⁴⁵ EUROPEAN COMMISSION. *The Commission's Rule of Law Report and the EU Monitoring and Enforcement of Article 2 TEU Values*. February 2022.

⁴⁶ LIBE – AFCO JOINT PUBLIC HEARING. “Rule of law mechanisms in the EU”. 20 June 2022. <https://www.europarl.europa.eu/committees/en/libe-afco-joint-public-hearing-on-rule-o/product-details/20220615CHE10345>

quiere de una correcta sistematización del derecho al proceso equitativo, comprendiendo no sólo el acceso al juez independiente e imparcial y a un juicio con todas las garantías, sino también la efectiva ejecución de las resoluciones judiciales, pues no se puede considerar que la garantía de la independencia judicial no esté acompañada de otra consistente en que aquello que se ha resuelto judicialmente se haga efectivo. Ello es aplicable, en general, a todos los procesos y, en particular, por las carencias que manifiestan en relación con las órdenes de protección o con las órdenes de detención y entrega. Ciertamente, cuando estas manifestaciones del Estado de derecho, basadas en la necesaria cooperación judicial y confianza mutua que preside el ámbito judicial europeo, son puestas en entredicho por una de las partes, se produce una alteración, al menos aparente, por parte de quien deniega la cooperación, de la independencia judicial de la parte solicitante de tal cooperación. Recordemos al respecto que, según el Tribunal de Justicia de la UE, únicamente puede rechazarse cuando ello genere que la persona afectada pueda verse expuesta a situaciones de vulneración de los derechos humanos, especialmente a torturas o tratos inhumanos o degradantes debido a fallos sistémicos. Ello es impensable, al menos en principio, y por ello tal circunstancia debería ser objeto de prueba con todas las garantías en Estados miembros de la UE, cuyo fundamento jurídico último se encuentra en el Estado de derecho, la democracia y los derechos humanos, como venimos repitiendo.

5.1. Independencia judicial y órdenes de protección

Las órdenes de protección, emitidas por una autoridad judicial de un Estado miembro y que cuando la persona para la que han sido emitidas se desplaza a otro Estado miembro deben gozar de una

protección equivalente⁴⁷, plantean serios problemas de eficacia de la tutela judicial efectiva desde la perspectiva de lograr que aquello que ha sido juzgado obtenga la eficacia debida. ¿Por qué surgió el derecho al proceso equitativo del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, equivalente al art. 24 de nuestra Constitución, cuando regula el derecho a la tutela judicial efectiva? El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando analiza el art. 6 CEDH, siempre incluye dentro de las garantías del debido proceso el derecho a la ejecución de las sentencias, y ello en conexión con las garantías propias del Estado de derecho. En tal sentido, ¿de qué sirve garantizar que el juicio se subsane mediante un juez independiente e imparcial si posteriormente lo juzgado no es seguido de la debida ejecución? El Estado de derecho quiebra tangencialmente cuando el juez no es independiente o imparcial, incluso cuando no lo es aparentemente, aunque sí pudiera serlo substancialmente. También quiebra, ese mismo Estado de derecho si lo que ha decidido el juez independiente o imparcial no consigue el resultado querido por el sistema jurídico, que no es otro que el cumplimiento de lo judicialmente ordenado cuando la sentencia es firme.

Pese a todo ello, en estudios que han sido realizados a partir de la aplicación de las normas derivadas de la Directiva de la Orden Europea de Protección a las víctimas de violencia de género, en sentido amplio, por ejemplo, se ha observado que en algunos Estados miembros resulta difícil aplicar la protección equivalente exi-

⁴⁷ Ver la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección. Esta directiva vino seguida, en el ámbito penal, de la Directiva 2012/29/UE de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos y ha sido complementada por el Reglamento (UE) No 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de junio de 2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil.

gida por la Directiva cuando se ejerce el derecho a la libre circulación. Es decir, que habiéndose obtenido una sentencia comprendiendo una protección determinada, que puede consistir en medidas de muy distinta naturaleza (desde el alejamiento y prohibición de contacto entre persona agresora y persona agredida, indemnización para la vivienda, apoyo psicológico, ayuda social a los hijos, etc.) ha sido constatado que la protección otorgada por el juez del país de origen deja de ser efectiva en el país de destino. No es aceptable, en el seno de la UE, que el ejercicio de un derecho, el de libre circulación, origine restricciones en el ejercicio de otro derecho: la tutela judicial efectiva⁴⁸, por lo que sería necesario mejorar el nivel de eficacia de las órdenes de protección como garantía del derecho a la tutela judicial otorgada por el juez independiente e imparcial en todo Estado de derecho.

No digamos tampoco los déficits que se observan en determinados países –el nuestro por ejemplo– respecto de la protección a las víctimas del terrorismo, obviando que desde la Unión Europea se obliga a las autoridades internas a no revictimizar, en forma directa o secundaria, a las víctimas, como dispone la Directiva de 2012, ya citada, aplicable por supuesto a las víctimas del terrorismo y transpuesta en España mediante la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito, a respetar su dignidad y a tomar todas las medidas necesarias para su resarcimiento, no sólo material sino también moral, en un contexto no sólo procesal sino también extraprocesal; todo ello relacionado con la independencia judicial como tutela judicial efectiva que incluye el derecho de toda persona a que sea ejecutado lo que ha sido juzgado. Pues bien, en estos casos, también aparecen graves di-

⁴⁸ FREIXES, T. Y ROMÁN, L. *La orden europea de protección: Su aplicación a las víctimas de violencia de género*. Tecnos, 2015.

facultades cuando la víctima, que cuenta con una sentencia judicial firme en su país de origen, ejerce el derecho a la libre circulación, sobre todo porque muchos de los Estados de la UE no tienen una legislación sobre víctimas de terrorismo y, en consecuencia, no se dispone de medidas de protección equivalentes en sentido estricto y es necesario derivarlas de otras normas de alcance general, con toda la problemática que la analogía y la comparabilidad presentan al respecto. No resulta tampoco aceptable en este caso que el ejercicio del derecho a la libre circulación origine pérdida de la eficacia de otro derecho, cuyo contenido resulta substancial para la garantía de todo derecho o interés legítimo, puesto que se trata de la tutela judicial efectiva sobre todos ellos.

5.2. Independencia judicial y órdenes de detención y entrega

Las euroórdenes, es decir, las órdenes europeas de detención y entrega, también precisan de una mejora en los instrumentos jurídicos que la regulan. Si en las estadísticas se aprecia que su eficacia alcanza cuantitativamente márgenes considerables, cualitativamente aparecen casos en los que quiebra el principio de reconocimiento de las decisiones judiciales en el marco de la UE. La tutela judicial efectiva deja de ser eficaz y, con ella, quiebran el resto de garantías del Estado de derecho, incluyendo la del juez independiente e imparcial, pues la rectitud de la decisión judicial del país solicitante es puesta en entredicho por quien recibe la petición en el país que debería realizar la detención y entrega.

Todos tenemos en mente casos que han hecho correr ríos de tinta y ocupado importantes espacios mediáticos, por afectar no a ciudadanos corrientes sino a personajes políticos, especialmente, en el caso español, a antiguos cargos públicos de la Comunidad Autónoma de Cataluña, que huyeron al extranjero intentando evitar

su enjuiciamiento por parte de los tribunales españoles. Sería deseable que, una vez que el Tribunal de Justicia de la UE ha dado respuesta a la cuestión prejudicial interpretativa presentada por España, se abordase la reforma del instrumento jurídico regulador teniendo en cuenta la opinión del mencionado Tribunal, dando así seguridad jurídica a la aplicación de este importante instrumento de cooperación judicial.

Téngase en cuenta que estos supuestos que he puesto como ejemplos tienen su fundamento en la necesaria cooperación judicial y confianza que debe existir sobre la aplicación del derecho en unos Estados miembros que, como integrantes de la UE, están incardinados en lo que consideramos sistemas políticos democráticos. Pero yo voy más allá; no se trata únicamente de la necesaria confianza entre Estados, sino de recuperar y/o aumentar la confianza de la ciudadanía en el proceso de integración europea. La UE no puede seguir soportando estos episodios de quiebra del Estado de derecho sin que sus ciudadanos puedan tener dudas acerca de su correcto funcionamiento. Es necesario abordar las reformas necesarias para evitarlo y, para ello, en las conclusiones de la Conferencia sobre el futuro de Europa se constata la necesidad de mejora en estos ámbitos. Esperemos que las reformas que se abren en el horizonte respondan a estos principios.

6. A modo de conclusión

A lo largo de este trabajo se han sintetizado los principales problemas que pueden observarse en la garantía de la independencia judicial, tanto de orden interno como de orden externo, en la Unión Europea.

Partiendo de la formulación inicial del Estado de derecho, la independencia del juez, es decir, de los órganos que juzgan y hacen

ejecutar lo juzgado, hemos apreciado una evolución en la posición del poder judicial en el seno de los poderes del Estado y de qué manera ello ha tenido también su repercusión en la Unión Europea como organización supranacional que también se fundamenta, como sus Estados miembros, en el Estado de derecho, la democracia y los derechos humanos.

Teniendo en cuenta que la independencia judicial tiene su manifestación interna –frente a los jueces que no son el juez del caso o frente a las partes–, además de su manifestación externa –especialmente frente al resto de poderes públicos y frente a los particulares más o menos organizados como grupos de presión o grupos de interés–, hemos destacado aquellos indicadores que podrían reforzar las garantías existentes para que esa independencia no sea puesta en riesgo y sea realmente efectiva: seguridad de permanencia en el cargo y de compensación; administración autónoma del poder judicial, por parte de órganos que no respondan a mandatos políticos sino a criterios de autogobierno por parte de los jueces; existencia de medidas como las causas de abstención y recusación, así como el régimen de recursos para prevenir conflictos de intereses y promover la confianza pública; establecimiento de medidas para promover la rendición de cuentas y el control de calidad; composición reglada de los órganos jurisdiccionales, conforme a los principios de legalidad y previsibilidad; regulación precisa del modo de designación de los jueces; duración clara del mandato de cada juez cuando su mandato no sea indefinido o vitalicio; protección de los jueces frente a todo tipo de presiones y existencia de mecanismos de responsabilidad disciplinaria debidamente organizados. La finalidad del establecimiento de estos instrumentos de garantía de la independencia de cualquier órgano judicial está dirigida a preservar tanto la independencia como la apariencia de

independencia, no solo *de jure* sino también *de facto*, para que la sociedad y los justiciables no tengan dudas acerca del respeto de los derechos cuando se imparte justicia.

También hemos examinado de qué manera las regulaciones internacionales y europeas, complementando a las garantías constitucionales internas, contribuyen a garantizar esa independencia interna y externa que ha de ser inherente a la configuración de la independencia del poder judicial. Partiendo de las iniciales regulaciones del Consejo de Europa, seguidas de aquellas que ha hecho también suyas la Unión Europea, contamos con la opinión experta de instrumentos como la Comisión de Venecia. Los tribunales de las dos organizaciones europeas de las que forma parte España –el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea– nos ofrecen una interpretación importante, que ha de ser seguida por los Estados miembros de ambas organizaciones más allá –mediante un efecto indirecto– de lo que se prescriba para el caso concreto que las generó, conformándose de ese modo un Espacio Europeo de Justicia cuya finalidad, por encima de las necesarias cooperación y confianza judicial, estriba en conseguir que la ciudadanía se sienta más integrada en una Europa de los derechos –propia del Estado de derecho, la democracia y el respeto de los derechos humanos– acordada ya en los inicios de esa integración europea tras la derrota de los totalitarismos en la Segunda Guerra Mundial.

No estando, por supuesto, totalmente acabada esa construcción europea de la Justicia y existiendo algunos problemas en torno a esa garantía del Estado de derecho, terminamos este trabajo haciéndonos eco de las razones por las que en la Conferencia sobre el Futuro de Europa que acaba de finalizar, se proponen sendas reformas en algunos de los instrumentos de cooperación judicial que,

si no se abordan, pueden generar quiebras en el principio de confianza mutua que debe presidir la actuación de los jueces en los distintos países de la UE. El Estado de derecho exige que todo ello obtenga debida respuesta y, sobre todo, la ciudadanía europea lo necesita como importante elemento de conformación de la Europa que queremos. No en vano, cuando todo falla, el único recurso que nos queda a todos, tanto a los poderes públicos como a los simples ciudadanos, es el de acudir a la Justicia. Por ello debe estar configurada de manera que podamos mantener nuestra confianza en ella, pues más allá ya no nos queda casi nada del mundo civilizado en el que tienen que poder vivir las futuras generaciones.

JOSÉ MARÍA MACÍAS CASTAÑO

Socio Coordinador del Grupo Casación y Recursos Especiales de Cuatrecasas.
Vocal del Consejo General del Poder Judicial. Magistrado (excedencia)

Los nombramientos judiciales y el papel de los consejos del poder judicial. El ejemplo del Consejo General del Poder Judicial de España

1. Introducción

Si hay algo que justifica la existencia de los consejos del poder judicial es la tarea de llevar a cabo los nombramientos judiciales, tanto en cuanto impliquen ingreso en la carrera judicial y, con ello, en el poder judicial, como en cuanto supongan promoción o ascenso para quienes ya pertenecen a esa carrera. Eso y, naturalmente, la inspección y el ejercicio de la potestad disciplinaria sobre los jueces. Esos cuatro elementos (ingreso, promoción, inspección y disciplina) constituyen el núcleo irreductible de las funciones del CGPJ en España con arreglo al art. 122.2 CE, que establece que “[e]l Consejo General del Poder Judicial es el órgano de gobierno del mismo. La ley orgánica establecerá su estatuto y el régimen de incompatibilidades de sus miembros y sus funciones, en particular en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario”.

En el caso de España, y no obstante la esencialidad de esa función, la CE no proporciona de manera directa ningún dato adicional

que determine cómo ha de ser el sistema de nombramientos de los cargos judiciales, más allá de que, como ha acabado expresando literalmente la LOPJ (arts. 301.1,2 y 8, 307.2, 326.1 y 2 y 632), hayan de tenerse en cuenta los principios generales constitucionales relativos al acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad (arts. 14 y 23.2 CE) y de mérito y capacidad (art. 103.3 CE). La determinación del sistema de nombramiento de los cargos judiciales, tanto para la selección como para la promoción o ascenso, es una tarea propia del legislador a través de la LOPJ, que tiene que desarrollarse con arreglo a los principios constitucionales enunciados y respetando la función que al CGPJ corresponde como órgano de gobierno del poder judicial garante de su independencia. Esa tarea no es nada sencilla ni, menos aún, pacífica. No es pacífica doctrinalmente ni tampoco lo ha sido jurisprudencialmente hasta fecha bien reciente. Es significativo que, como decimos, hasta poco tiempo las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre esta materia hayan calificado a menudo su doctrina como “jurisprudencia en tránsito”¹, lo que da idea de la dificultad de perfilar una línea conceptual clara en esta materia.

¹ SSTS, 3ª, de 3 de marzo de 2005 (recurso 260/2004, ECLI:ES:TS:2005:1325); 27 de noviembre de 2007 (recurso 407/2006, ECLI:ES:TS:2007:8911); 23 de noviembre de 2009 (recurso 372/2008, ECLI:ES:TS:2009:7490); 10 de mayo de 2016 (recurso 189/2015, ECLI:ES:TS:2016:2039); 27 de junio de 2017 (recurso 4942/2016, ECLI:ES:TS:2017:2487) o 20 de mayo de 2022 (recurso 45/2021, ECLI:ES:TS:2022:2220).

Resulta muy significativa la definición de “jurisprudencia en tránsito” que proporcionan en el voto particular a la sentencia citada de 10 de mayo de 2016 los magistrados Excmo. Srs. D. Pedro José Yagüe Gil, D. Emilio Frías Ponce, D. Juan Carlos Trillo Alonso, D. José Antonio Montero Fernández, D. Diego Córdoba Castroverde, Dª Inés Huerta Garicano, D. José Luis Requero Ibáñez, D. César Tolosa Tribiño y D. Manuel Martín Timón. Para ellos, “[e]s verdad que en esta materia de nombramientos se ha utilizado la expresión de jurisprudencia en tránsito para calificar un estado de ésta pendiente de alcanzar su mayor plenitud y estabilidad. En mi opinión,



La polémica sobre el sistema de nombramientos establecido en la LOPJ y sobre la forma en cómo se aplica va de la mano, como no podía ser de otra manera, de la polémica sobre el sistema de elección de los vocales de origen judicial del propio CGPJ que están llamados a llevar a cabo esos nombramientos. La apariencia de politización del CGPJ y la sospecha que se alimenta de esa apariencia han llevado (y llevan) a la conclusión, que parece firmemente instalada en el imaginario colectivo, de que es precisamente la voluntad de ejercer una influencia política en la designación de los altos cargos judiciales lo que explica determinados planteamientos inmovilistas, que se resisten a la aplicación de los estándares europeos de Estado de derecho en cuanto a la fórmula de designación de los vocales de origen judicial del CGPJ y que se empeñan en mantener la influencia de los partidos políticos a través de las Cortes Generales, que designan a la totalidad de sus veinte miembros, incluidos los doce de origen judicial. La jurisprudencia reciente del TJUE y del TEDH marca un antes y un después en esa polémica, en cuanto que ha vinculado la composición y origen de los miembros judiciales de los Consejos de Justicia como el CGPJ y su función de nombramiento de los cargos judiciales con el respeto a los arts. 2 y 19.1 TUE y 47 CDFUE, por un lado, y el art. 6 CEDH por otro lado.

tal denominación no deja de ser un eufemismo que encubre que, en las diferentes sentencias dictadas sobre nombramientos discrecionales –acaso no las suficientes, dada la intermitencia con que los asuntos se presentan para crear un corpus adecuado en una materia que puede llegar a ser tan casuística– la doctrina no es unívoca ni rectilínea, sino que presenta vacilaciones, cuando no algún notorio desfallecimiento”.

La tesis que defenderemos en estas líneas es que el sistema de nombramientos actualmente vigente y aplicable en España para los nombramientos judiciales, tanto cuando implican ingreso como cuando suponen promoción o ascenso, es el adecuado en cuanto modelo o fórmula correcta para asegurar la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad, sólo pendiente de algún ajuste menor. En definitiva, tanto las previsiones legislativas, como la práctica del CGPJ, como, y esto es lo más importante, la jurisprudencia en la materia ha finalizado su “tránsito”. Y, sin embargo, la cuestión de los nombramientos y la promoción o ascenso sigue siendo polémica. Ello revela que el problema relativo al sistema de nombramientos es otro diferente al del propio sistema y que, en realidad, no radica en el método para llevar a cabo los nombramientos, sino en el órgano que los lleva a cabo (CGPJ), y que mientras no se solucione el problema generado por la falta de confianza derivada del sistema de elección de los miembros judiciales del CGPJ, no se solucionará el relativo a los nombramientos que lleva a cabo. Es, en definitiva, un problema de confianza o de falta de confianza por la apariencia de politización del CGPJ, que lastra la confianza en la neutralidad de sus actos y, entre ellos, los relativos a los nombramientos de los altos cargos judiciales.

2. La regulación de los nombramientos en la LOPJ

Los nombramientos atribuidos a la competencia del CGPJ (“Elegir o señalar a alguien para un cargo, un empleo u otra cosa”, tercera acepción del diccionario de la RAE) pueden clasificarse conforme a criterios dispares y acumulativos en función de su dis-

tinta naturaleza jurídica, objeto o procedimiento, sin excluir otros criterios de clasificación².

Un primer criterio de clasificación que nos permite acercarnos al régimen de los nombramientos llevados a cabo por el CGPJ que configura la LOPJ y que centran el interés de este capítulo (los nombramientos discrecionales de los cargos jurisdiccionales y gubernativo-jurisdiccionales del Poder Judicial) es el que distingue entre nombramientos internos y nombramientos externos. Los primeros se refieren a designaciones de los distintos cargos de la organización interna del CGPJ (art. 61 quáter, apartados 11º a 15º del art. 560 o arts. 622 LOPJ, entre otros preceptos). Los segundos se refieren a nombramientos de cargos que no desempeñan funciones en el CGPJ y, dentro de estos, cabe distinguir los nombramientos de cargos correspondientes al poder judicial y los que corresponden a otros órganos constitucionales, como sería el caso del Tribunal Constitucional (art. 560 y 599 LOPJ).

Centrándonos en los nombramientos de cargos correspondientes al poder judicial, los criterios fundamentales a manejar son dos: por un lado, la distinción entre nombramientos de carácter reglado y nombramientos de carácter discrecional y, dentro de estas

² Con carácter general, para una panorámica general del sistema de nombramientos y entre otros muchos textos, puede verse SERRA CRISTÓBAL, R., “El Consejo General del Poder Judicial y los nombramientos discrecionales de magistrados”, coordinado por REVENGA SÁNCHEZ, en *Actas del VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, 2009; ANDRÉS IBÁÑEZ, P. “Racionalizar (y moralizar) la política de nombramientos”, *Jueces para la Democracia*, núm. 52, 2009.

Más actualizado y en relación con la problemática derivada de la composición del CGPJ y los estándares europeos, véase LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., *La independencia y el gobierno de los jueces. Un debate constitucional*, ed. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2017.

dos categorías, nombramientos que implican ingreso en la carrera judicial y, en términos generales, nombramientos que implican promoción o ascenso dentro de esa carrera.

2.1. Nombramientos de carácter reglado

Los nombramientos de carácter reglado pueden ser de tres tipos diferentes: pueden implicar ingreso en la carrera judicial, promoción en esa carrera o limitarse a articular una movilidad horizontal o “semi-horizontal” en las diversas plazas en juzgados y tribunales sin implicar promoción. En estos casos, el ingreso en la carrera judicial, la promoción dentro de esa carrera o la movilidad entre plazas vacantes que determinan un nombramiento, se hace mediante criterios tasados o reglados que privan al CGPJ de discrecionalidad en la decisión, sin perjuicio, en algunos casos, de la “discrecionalidad técnica” de los órganos técnicos de calificación o evaluación del CGPJ, que debe ser diferenciada de la “discrecionalidad jurídica” que caracteriza los nombramientos que calificamos propiamente como discrecionales.

Señalado lo anterior, la primera impresión que ocasiona aproximarse al entramado de la regulación de la LOPJ es una cierta sorpresa. Si se tiene la idea de que los miembros de la carrera judicial se integran en tres categorías (jueces, magistrados y magistrados del Tribunal Supremo, art. 299.1 LOPJ), se ingresa en la primera categoría (jueces) mediante una oposición y se promociona a las restantes con el tiempo, la idea es equivocada: ciertamente se puede ingresar en la primera categoría mediante una oposición y promocionar hasta la última, pero también se puede ingresar directamente en la carrera judicial por cualquiera de las otras dos categorías y mediante sistemas variados y diversos a los de la oposición. Examinaremos las distintas modalidades de ingreso reglado y de promoción (ascenso en la categoría) también reglada.

2.1.1. Ingreso en la carrera judicial por la categoría de juez mediante oposición

El ingreso en la carrera judicial por la categoría de juez mediante oposición es la fórmula principal de recluta configurada en el art. 301.3 LOPJ, que establece que “El ingreso en la carrera judicial por la categoría de juez se producirá mediante la superación de oposición libre y de un curso teórico y práctico de selección realizado en la Escuela Judicial”.

La regulación de esta modalidad de ingreso mediante oposición y posterior curso en la Escuela Judicial se regula en los arts. 301 a 310 LOPJ. El elemento base de este sistema de ingreso se centra precisamente en la “oposición”, es decir, en un examen competitivo cuya superación es evaluada por un tribunal de calificación que no actúa con “discrecionalidad” (en el sentido de que no goza de libertad jurídica para optar por uno u otro candidato), pero sí de “discrecionalidad técnica” (margen de apreciación relativo a la calidad de las respuestas proporcionadas por los candidatos³) con arreglo a los parámetros fijados en la convocatoria de la oposición.

El sistema de recluta de los jueces mediante oposición es un sistema revolucionario en la más estricta dimensión del término: es fruto de las consecuencias jurídicas de la revolución de septiembre de 1868. Se incorporó a la Constitución de 1869 y de ahí pasó a la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 1870. Desde entonces, ha estado presente de manera ininterrumpida en nuestro ordenamiento jurídico.

³ Entre otras, STS, 3^a, de 17 de diciembre de 2020 (recurso 312/2019, ECLI:ES:TS:2020:4260) que, aunque referida a una modalidad de ingreso diferente a la oposición, perfila de manera extensa el concepto de “discrecionalidad técnica” de los tribunales de calificación aplicado a las pruebas de ingreso en la carrera judicial.

De un tiempo a esta parte, y normalmente desde cierta orientación política, se afirma que la oposición es un sistema de recluta endogámico y diseñado para personas socialmente privilegiadas, lo que justificaría su supresión⁴. En ciertos sectores extremos de esa orientación política no se ahorra el desprecio ni se ocultan reproches que llegan a la frontera de la alusión personal a los “privilegiados” que superan la oposición. La crítica al sistema se nutre de esta forma con un discurso populista que parte de unas premisas que no se aspira a justificar ni a probar que son ciertas: se convierten en ciertas por repetirlas cansinamente.

En otro lugar he expresado con contundencia mi rechazo a estas críticas y a ello me remito⁵, pero lo que no se puede dejar de señalar es que, con independencia de la opinión de cada cual sobre el sistema de recluta más idóneo, el fundamento de ese tipo de críticas es falso. Una ojeada a las encuestas sociológicas elaboradas por la Escuela Judicial de España, y me limito a la más reciente⁶, revela que la edad promedio de ingreso en la carrera

⁴ De manera más o menos camuflada, esa intención aparece recogida en el apartado 2.12.2 del programa de la llamada “coalición progresista” de gobierno que siguió a las elecciones generales de noviembre de 2019: “2.12.2.- Modernizaremos el sistema de acceso a la carrera judicial. Para ello, nos inspiraremos en los mejores elementos de los sistemas europeos de carrera única judicial y fiscal, previendo mecanismos que garanticen la igualdad de oportunidades con independencia del sexo y de la situación socioeconómica de los aspirantes”. Este texto es accesible en <https://www.psoe.es/media-content/2019/12/30122019-Coalici%C3%B3n-progresista.pdf>

⁵ MACÍAS CASTAÑO, J.M. *La Justicia en España. Una visión de futuro*. La Clave Judicial, 2022, accesible en <https://laclavejudicial.org/2022/02/18/la-justicia-en-espana-una-vision-de-futuro/>.

⁶ Datos Estadísticos 72 Promoción Curso 2022-2023, accesibles en <file:///C:/Users/jmcc/Downloads/20220126%20Datos%20Estad%C3%ADsticos%202022%20Promoci%C3%B3n%20Curso%202022-2023.pdf>.

judicial es de 28 años; que eso se consigue tras un esfuerzo de cinco años de preparación de la oposición que se suman a la carrera universitaria; que el 73,91% de los que superan la oposición son mujeres; que sólo el 4,52% tienen algún familiar, no necesariamente directo, relacionado con la carrera judicial y que el 74,19% no tiene ningún familiar, ni directo ni indirecto, relacionado con profesiones jurídicas de ningún tipo; y otro dato llamativo es que sólo ambos progenitores del 40% de los candidatos tienen estudios superiores, y que en el 26,45% de los casos ninguno de ellos los tiene. Lo que estos datos ponen de manifiesto es que la oposición, al margen de asegurar el mérito y la capacidad, es en muchas ocasiones una vía de eso que en sociología se llama “ascensor social” o “movilidad social”⁷ que se sitúa en las antípodas de la endogamia y el privilegio.

2.1.2. Ingreso en la carrera judicial por la categoría de magistrado mediante concurso

Otra fórmula de ingreso en la carrera judicial es directamente por la categoría superior de magistrado. A ella se refiere el art. 311.1, párrafo cuarto, LOPJ, que prevé que una de cada cuatro vacantes que se produzcan en la categoría de magistrado se cubrirán por esta vía, y de ahí el término coloquial de “cuarto turno” (la cuarta vacante) para referirse a esta vía de acceso.

Los requisitos exigidos para esta vía de acceso son contar con diez años de ejercicio de profesiones jurídicas; justificar la reconocida competencia de los candidatos en un concurso en el que se

⁷ RODRÍGUEZ MENÉS, J., “Movilidad Social y cambio social en España”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 61, 1993.

evalúan los méritos alegados, la redacción de un dictamen y una entrevista posterior para la defensa de los méritos; y la realización de un curso de formación en la Escuela Judicial de España⁸.

Este sistema de ingreso se estableció con la LOPJ en 1985 y puede parecer un sistema hasta cierto punto residual: sólo una cuarta parte de una de las categorías de la carrera judicial. Esta impresión vuelve a ser errónea: en su concepción inicial, esta fórmula estaba llamada a cubrir prácticamente la mitad de las plazas de la carrera judicial e incluso más, para convertirse en la fórmula principal de recluta.

Esta afirmación se entiende cuando se considera que, en la redacción inicial de la LOPJ de 1985, adicionalmente al “cuarto turno” para el ingreso por la categoría de magistrado se previó también un “tercer turno” (una de cada tres plazas) para el ingreso por la categoría de juez para candidatos con seis años de ejercicio profesional. De esta manera, si una de cada tres plazas era cubierta por un juez que no había hecho la oposición, y en el momento de la promoción una plaza era reservada para ingreso por el “cuarto turno”, pero de las otras tres plazas de ascenso una era cubierta por un juez proveniente del “tercer turno”, lo que se conseguía es que la mitad de las plazas de la categoría de magistrado (que es la que cuenta con diferencia con el mayor número de efectivos) fuese cubierta por miembros de la carrera judicial que no habían hecho la oposición y que en un tercio de las plazas de juez sucediese lo mismo, a lo que había que añadir las otras fórmulas de ingreso sin

⁸ A título de ejemplo, pueden verse las bases de la convocatoria realizada en 2020, que describen de manera detallada el proceso de selección: [file:///C:/Users/jmcc/Downloads/20201026%20Acceso%20Magistrado%20CIVIL-PENAL%202020%20Bases%20de%20la%20convocatoria%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/jmcc/Downloads/20201026%20Acceso%20Magistrado%20CIVIL-PENAL%202020%20Bases%20de%20la%20convocatoria%20(1).pdf).

oposición a las que después aludiré. Con ello se conseguía que el mayor número de los miembros de la carrera judicial accediesen a ella al margen de la oposición.

Al contrario de lo sucedido con el “cuarto turno”, consolidado en la LOPJ sobre todo por el rigor en su aplicación, el “tercer turno” derivó en un estrepitoso fracaso tras diversos intentos de remediar sus múltiples carencias, que lo convirtieron en una especie de “oposición degradada”, para acabar desapareciendo con la reforma de la LOPJ llevada a cabo con la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre. Con ello se consolidó también la oposición como la principal vía de acceso.

2.1.3. Ingreso en la carrera judicial por la categoría de magistrado mediante pruebas de especialización

En principio, la realización de pruebas de especialización está prevista en el art. 311.1, párrafo tercero, LOPJ, como una fórmula de promoción a la categoría de magistrado entre quienes ya pertenecen a la carrera judicial con categoría de juez. Ello, no obstante, el art. 311.2 LOPJ autoriza a que esas pruebas puedan ser realizadas por miembros de la carrera fiscal con al menos dos años de antigüedad “como forma de acceso a la carrera judicial”.

2.1.4. Promoción a la categoría de magistrado por antigüedad

La forma ordinaria de promoción y nombramiento en la categoría de magistrado es reglada y se produce por antigüedad, sin margen alguno por parte del CGPJ. A ello se refiere el art. 311.1 LOPJ, que establece que “De cada cuatro vacantes que se produzcan en la categoría de Magistrado, dos darán lugar al ascenso de los Jueces que ocupen el primer lugar en el escalafón dentro de esta categoría”.

2.1.5. Promoción a la categoría de magistrado mediante pruebas de especialización

Otra fórmula de promoción y nombramiento reglado a la categoría de magistrado es la prevista en el art. 311.1, párrafo tercero, que prevé que “La tercera vacante [en la categoría de magistrado] se proveerá, entre jueces, por medio de pruebas selectivas en los órdenes jurisdiccionales civil y penal de especialización en los órdenes contencioso-administrativo y social, y en material mercantil y de violencia sobre la mujer”.

A estas pruebas ya nos hemos referido “como de acceso a la carrera judicial” de los miembros de la carrera fiscal, y nuevamente lleva a un supuesto de nombramiento que se formula a propuesta de un órgano técnico carente de facultad alguna de “discrecionalidad jurídica”, sin perjuicio de la “discrecionalidad técnica” de sus valoraciones a la que también nos hemos referido en un apartado anterior.

2.1.6. El extraño caso de los nombramientos de los magistrados de las Salas Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia: de discrecional a reglado sin tocar la LOPJ

Nos permitimos aludir a este supuesto como un “extraño caso” porque ciertamente lo es y supone una mutación de la LOPJ sin que haya sido reformada.

El art. 330.4 LOPJ previó que, adicionalmente a los nombramientos de los magistrados por propuesta de los parlamentos autonómicos que veremos en el epígrafe siguiente, el de los restantes magistrados de la Sala de lo Civil y Penal de los TSJ también sería discrecional entre magistrados con diez años de antigüedad en la categoría y que tuvieran especial conocimiento en derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad Autónoma. Al menos así lo había confirmado una nutrida jurisprudencia expresada en sen-

tencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1991, 17 de marzo de 1992, 3 de febrero de 1997, 12 de diciembre de 1998, 29 de enero de 2008, dos sentencias de 12 de junio de 2008 y una más de 13 de junio de 2011. Sin embargo, en la sentencia posterior de 26 de abril de 2013⁹, después de citar todas las sentencias anteriores, el Tribunal Supremo decidió modificar la interpretación del precepto y convertir en reglado lo que hasta el momento se había considerado discrecional, privando al CGPJ de todo margen de apreciación de manera que el nombramiento correspondería al magistrado más antiguo de entre los que cumplieran los requisitos indicados. Y ello, naturalmente, sin que hubiese mediado modificación alguna de la LOPJ que afectase al precepto interpretado.

La decisión no fue pacífica y cuenta con el voto particular de dos de los magistrados (Excmos. Sres. D. Nicolás Maurandi Guillén y Pablo Lucas Murillo de la Cueva), pero es la jurisprudencia que se ha mantenido hasta el momento. Prueba de lo discutible del cambio interpretativo son algunos de los efectos prácticos provocados por este cambio de orientación, que no parece razonable pensar que estuvieran en la intención del legislador: desde el dictado de esa sentencia, no es extraño que algunos presidentes de Audiencias Provinciales que se encuentren en segundo mandato renuncien anticipadamente al cargo para disfrutar de la preferencia que les otorga el art. 340 LOPJ para, durante los dos años siguientes al cese, poder ocupar las plazas en las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ, ya que esa preferencia puede ejercerse sobre cualquier plaza de nombramiento reglado no reservada a especialistas, y esas plazas han pasado a cumplir esa condición como consecuencia del cambio jurisprudencial.

⁹ STS, 3^a, de 26 de abril de 2013 (recurso 298/2012, ECLI:ES:TS:2013:3511).

2.1.7. Los nombramientos derivados de concursos de movilidad horizontal o “semihorizontal”

Ya, como último nombramiento de carácter reglado que no implica ni ingreso en la carrera judicial ni promoción en ella en el sentido legal de ascenso en la categoría, hay que aludir a los concursos de traslado a plazas vacantes en juzgados y tribunales de nombramiento no discrecional y que configuran movimientos de carácter puramente horizontal (de juzgado a juzgado o de audiencia a audiencia o salas de un TSJ o de la Audiencia Nacional) o lo que calificamos de “semihorizontal” (en tanto que supone traslado de juzgado a audiencia o una sala, pero sin que ello implique promoción o ascenso¹⁰).

El criterio reglado fundamental que se tiene en cuenta para la realización de estos nombramientos es la antigüedad (art. 329.1 LOPJ), aunque también se valora, nuevamente en términos reglados y bajo una cuantificación precisa que excluye todo margen de discrecionalidad, el conocimiento del idioma (art. 341 LOPJ), del derecho civil propio (art. 311.1, párrafo sexto, LOPJ), de la especialidad (art. 329 LOPJ) y de la experiencia (temporalmente acotada de manera precisa) en la jurisdicción (art. 330 LOPJ).

2.2. Nombramientos de carácter discrecional

Los nombramientos discrecionales son aquellos a los que se refiere el art. 326 LOPJ (a los que cabe añadir el supuesto singular del art. 330.4 LOPJ) en los que concurren dos circunstancias características.

¹⁰ Por más que alguna sentencia singular (en el sentido de insólita o única) del Tribunal Supremo parece identificar la “promoción” con la noción de “ventaja”, aunque no implique ascenso sino lo que la sentencia llama “superior categoría desde un punto de vista procesal”. STS, 3ª, de 3 de abril de 2019 (recurso 480/2017, ECLI:ES:TS:2019:977).

La primera circunstancia es que, no obstante convocarse un procedimiento de selección, ese procedimiento no es calificable como “concurso”. En este punto es preciso el art. 326.2 LOPJ cuando establece que “La provisión de destinos en la carrera judicial se hará por concurso, en la forma que determina esta Ley, *salvo* los de Presidentes...”. Como después veremos, este es un aspecto de fundamental importancia para la jurisprudencia que seguidamente se analizará.

La segunda es que esos nombramientos son de carácter discrecional y ello supone, en resumidas cuentas, que el CGPJ tiene libertad para determinar, entre los candidatos que cumplan los requisitos reglados exigidos por la LOPJ y las bases de la convocatoria, qué circunstancias son las que han de ser consideradas para determinar la selección de un concreto candidato.

Como en el supuesto de los nombramientos reglados, los nombramientos discrecionales permiten identificar situaciones diversas.

2.2.1. Ingreso en la carrera judicial a propuesta de los parlamentos autonómicos

El art. 330.4 LOPJ prevé que en las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ, una de cada tres plazas se cubrirá por “un jurista de reconocido prestigio con más de 10 años de ejercicio profesional en la comunidad autónoma nombrado a propuesta del Consejo General del Poder Judicial sobre una terna presentada por la asamblea legislativa”.

Es el único supuesto de ingreso en la carrera judicial mediante nombramiento discrecional por categoría diferente a la de magistrado del Tribunal Supremo previsto en la LOPJ, y que da lugar a un régimen peculiar: el Pleno del CGPJ no puede nombrar a nadie no propuesto por el parlamento autonómico, pero puede

rechazar a los propuestos (por ejemplo, no alcanzado ninguno de ellos el número suficiente de votos en el Pleno) si considera que no reúnen los requisitos exigibles (por ejemplo, su condición de juristas prestigiosos). Por otro lado, supone introducir un elemento de “sistema profesional” (típico de los sistemas anglosajones, en los que los jueces son nombrados para un cargo específico, sin posibilidad de movilidad funcional a otras plazas vacantes¹¹) dentro del “sistema de carrera” (como es el modelo funcional español), ya que quienes acceden a la carrera judicial por esta vía no pueden optar a ninguna otra plaza judicial más que aquella para la que se le nombra, salvo la promoción al Tribunal Supremo, aunque sólo por lo que después denominaremos “quinto turno”, exactamente igual que cualquier otro candidato no perteneciente a la carrera judicial (art. 331 LOPJ).

Y a las particularidades del sistema de ingreso cabe añadir las críticas que han cuestionado su oportunidad, en la medida que supone dar la posibilidad a los aforados eventualmente susceptibles de ser juzgados por el TSJ (los parlamentarios autonómicos que hacen la propuesta) de influir en la composición del tribunal que los ha de juzgar. Esto explica las propuestas de supresión de la figura realizada por algunos partidos políticos (Partido Popular¹² y Ciudadanos¹³) y que se ha llegado a incorporar

¹¹ Con carácter general, puede verse una panorámica de los “sistemas profesionales” de recluta de jueces de órbita anglosajona en (DIVERSOS AUTORES) *Judiciaries in Comparative Perspective*, editado por H. P. LEE, Cambridge University Press, 2011.

¹² https://confilegal.com/wp-content/uploads/2018/03/Enmiendas-PP_2018.pdf

¹³ <https://www.ciudadanos-cs.org/var/public/sections/page-nuestras.ideas.reformas-democraticas-institucionales/reformas-democraticas-institucionales.pdf>

a algún proyecto de ley autonómica¹⁴ con el aval del informe del propio CGPJ¹⁵.

2.2.2. Ingreso en la carrera judicial por la categoría de magistrado del Tribunal Supremo

Cabe la posibilidad de ser nombrado magistrado del Tribunal Supremo sin pertenecer previamente a la carrera judicial. A ello se refiere el art. 343 LOPJ, que prevé que “En las distintas Salas del Tribunal, de cada cinco plazas de sus magistrados, cuatro se proveerán entre miembros de la carrera judicial con diez años, al menos, de servicios en la categoría de magistrado y no menos de quince en la carrera, y la quinta entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia”. Esta reserva de una de cada cinco plazas para abogados y otros juristas de reconocida competencia que cumplan los requisitos establecidos en el art. 345 LOPJ¹⁶ es lo que motiva que esta vía de acceso sea conocida como “quinto turno”.

Al margen de alguna precisión apuntada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con los requisitos perfilados por el art. 345 LOPJ con ocasión de la participación en los procedimientos

¹⁴ <https://www.comunidad.madrid/noticias/2022/02/17/comunidad-madrid-impulsa-reforma-legislativa-reforzar-independencia-judicial-magistrados-tsjm>

¹⁵ <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPJ-aprueba-el-informe-al-anteproyecto-de-proposicion-de-ley-de-la-Asamblea-de-Madrid-para-eliminar-la-intervencion-de-los-parlamentos-autonomicos-en-la-designacion-de-magistrados-de-las-Sal-as-de-lo-Civil-y-Penal-de-los-TSJ>

¹⁶ Art. 345 LOPJ “Podrán ser nombrados Magistrados del Tribunal Supremo los abogados y juristas de prestigio que, cumpliendo los requisitos establecidos para ello, reúnan méritos suficientes a juicio del Consejo General del Poder Judicial y hayan desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años preferentemente en la rama del Derecho correspondiente al orden jurisdiccional de la Sala para la que hubieran de ser designados”.

de selección de magistrados que pertenecían a la carrera judicial pero que se encontraban en situación de excedencia voluntaria¹⁷, la problemática de este tipo de nombramientos se reconduce a la general de interpretación del art. 326 LOPJ que después abordaremos.

2.2.3. Promoción a la categoría de magistrado del Tribunal Supremo

Las cuatro vacantes restantes de las Salas del Tribunal Supremo se destinan por el art. 343 LOPJ a la promoción de magistrados con al menos diez años de antigüedad en la categoría (de magistrado) y quince de antigüedad en la carrera judicial. Estas cuatro plazas, sin embargo, tienen una distribución determinada: dos corresponden a los que tengan la condición de especialistas, y las otras dos a quienes reúnen las condiciones generales de acceso.

Lo anterior determina que en las Salas del Tribunal Supremo haya tres clases de magistrados en función de las circunstancias de las plazas que ocupan: plazas correspondientes al “quinto turno”,

¹⁷ El Tribunal Supremo ha concluido que los magistrados en situación de excedencia voluntaria pueden participar en los procedimientos de provisión de “quinto turno”. Ello no obstante, a los efectos de considerar cumplido el requisito de los quince años de ejercicio de una profesión jurídica exigido por el art. 345 LOPJ, el tribunal aclara que esos quince años deben haberse desarrollado con una actividad jurídica diferente de la judicial y siempre que esa actividad se haya llevado a cabo con “carácter principal”, lo que excluye las actividades docentes desempeñadas de manera compatible como profesor universitario asociado durante el período que el candidato hubiese servido como juez o magistrado en servicio activo, que es prácticamente la única actividad compatible que puede realizarse por un miembro de la carrera judicial en esa situación administrativa. Ello supone que, en la práctica y ya sea antes o después de la excedencia (o sumando, en su caso, ambos períodos), el magistrado candidato ha de haber desarrollado una actividad jurídica durante quince años en períodos que no sean de servicio activo en la carrera judicial. STS, 3ª, de 17 de mayo de 2011 (recurso 143/2010, ECLI:ES:TS:2011:2715).

plazas del turno general y plazas del turno de especialista. La forma en la que se organiza el relevo según se producen las vacantes en las distintas Salas se podría denominarse de “silla asignada” a la plaza, similar al que rige en el Tribunal Constitucional, de manera que la proporción prevista en el art. 343 LOPJ se mantenga constante: si de manera consecutiva se produjeran tres vacantes que estaban ocupadas por magistrados que accedieron por el turno general, las tres procedimientos de selección para la cobertura de las plazas se convocarían precisamente por ese turno.

Los demás aspectos de interés en relación con esta forma de promoción a la categoría de magistrado del Tribunal Supremo las suscita la interpretación del art. 326 LOPJ, que examinaremos posteriormente.

2.2.4. Nombramientos de presidentes de la Audiencia Nacional, los Tribunales Superiores de Justicia, las Audiencias Provinciales, las Salas del Tribunal Supremo, las Salas de la Audiencia Nacional y las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia

El último capítulo de nombramientos discrecionales viene determinado por las presidencias de los órganos colegiados de los distintos tribunales, que se caracteriza por dos circunstancias.

La primera circunstancia a tener en cuenta es su carácter gubernativo (son órganos de gobierno interno) adicional a la función jurisdiccional que desempeñan. Esta circunstancia es relevante para el proceso de nombramiento porque amplía incluso más el margen de apreciación discrecional con el que cuenta el CGPJ.

Y la segunda circunstancia viene dada por su carácter temporal, con mandatos limitados a cinco años que, a partir de la reforma de la LOPJ operada por la Ley Orgánica 4/2018, de 28 de

diciembre, sólo puede ser renovado en una ocasión por otro período de cinco años (arts. 333, 335, 336, 337, 338 y 342 LOPJ).

Los restantes temas de interés que suscitan estos nombramientos son comunes al análisis del art. 326 LOPJ, que analizaremos posteriormente.

2.3. El “magistrado del CNI”

Una mención diferenciada merece un nombramiento singular, que no implica ingreso en la carrera judicial ni promoción ni supone tampoco asumir la presidencia de ningún órgano colegiado de carácter gubernativo-jurisdiccional ni movilidad entre órganos. Se trata del magistrado del Tribunal Supremo al que se refiere el art. 1 de la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia, llamado coloquialmente el “magistrado del CNI”, al que corresponde decidir sobre la autorización de las solicitudes que formule el director del CNI para la adopción de medidas que afecten a la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones.

El nombramiento de este magistrado y de su sustituto, cuyo mandato es temporal (cinco años, art. 342 bis LOPJ), se realiza discrecionalmente a propuesta del presidente del CGPJ entre magistrados de las Salas Segunda y Tercera del Tribunal Supremo (art. 598 LOPJ).

3. La jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en materia de nombramientos de carácter discrecional y el art. 326 LOPJ

La norma fundamental sobre la que pivota el sistema de nombramientos discrecionales respecto de los cargos judiciales que hemos indicado en el apartado 2.2 anterior es el art. 326.2 LOPJ introducido con la reforma de la Ley Orgánica 4/2018, de 28 de diciembre,

y, en menor medida, el Reglamento CGPJ 1/2010, de 25 de febrero, que regula la provisión de plazas de nombramiento discrecional en los órganos judiciales, pendiente de adaptación a las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 4/2018.

De la literalidad del precepto se derivan una serie de afirmaciones y requisitos.

– El primero, que el procedimiento de selección de los cargos de designación discrecional no es un concurso.

– El segundo, que la “convocatoria abierta” para la cobertura de esas plazas debe publicarse en el BOE.

– El tercero, que el procedimiento de selección se sujetará a unas bases que deben reunir una serie de condiciones: ser claras; establecer separadamente los méritos relativos a las aptitudes de excelencia jurisdiccional de las gubernativas, y los méritos comunes especificados para cada puesto, debiendo expresar las bases la ponderación que corresponde a cada uno de los méritos en la valoración global del candidato.

– El cuarto, que los candidatos deben realizar una comparecencia pública ante el CGPJ para la explicación y defensa de sus méritos.

– El quinto, que toda propuesta de nombramiento que se eleve al Pleno del CGPJ (que, en principio, y conforme a las previsiones del art. 16.4 del Reglamento CGPJ 1/2010, ha de ser una terna, aunque pueden incorporar justificadamente mayor o menor número de candidatos) debe ser motivada, consignar individualmente la ponderación de cada uno de los méritos y contener una evaluación de conjunto de los méritos, capacidad e idoneidad del candidato, así como una valoración de su adecuación a lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

A lo anterior cabe añadir que el candidato finalmente nombrado requiere obtener una mayoría de votos de 3/5 de los miembros presentes del Pleno del CGPJ en los casos de nombramiento de presidentes de Sala y magistrados del Tribunal Supremo, presidentes de la Audiencia Nacional y de los TSJ, y de mayoría absoluta en los restantes casos (art. 630.1 LOPJ).

Estas previsiones han dado lugar a una jurisprudencia del Tribunal Supremo que se centra fundamentalmente en dos aspectos generales que abordaremos seguidamente de manera separada: la corrección de la interpretación del art. 326.2 LOPJ, que se ha plasmado en las bases de las convocatorias aprobadas por el Pleno del CGPJ para la realización de este tipo de nombramientos, y, por otro lado, las consecuencias que cabe derivar del carácter discrecional de los nombramientos, fundamentalmente en orden a determinar el alcance de la discrecionalidad y las exigencias que ello plantea en relación con la motivación de los mismos.

3.1. La jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación la aplicación del art. 326.2 LOPJ en las bases aprobadas por el CGPJ para la realización de nombramientos discrecionales

La reforma del art. 326.2 LOPJ a la que se ha hecho referencia dio lugar a que por el Pleno del CGPJ se aprobara, en un primer momento, “un documento interno de trabajo para la redacción de bases para el nombramiento de cargos previstos en el art. 326.2 LOPJ” y, a partir del criterio expresado por el Pleno, se aprobaron las bases de las convocatorias de un número importante de plazas que se caracterizaban por una misma circunstancia: su contenido clónico, que sólo incorporaba las diferencias limitadas impuestas

por el carácter exclusivamente jurisdiccional o jurisdiccional-gubernativo de las diferentes plazas convocadas¹⁸.

Dos asociaciones profesionales de jueces y magistrados, Juezas y Jueces para la Democracia y Francisco de Vitoria, impugnaron de manera sistemática las bases de las convocatorias¹⁹, impugnaciones que fueron conocidas acumuladamente en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2021²⁰, que desestimó los recursos y confirmó la corrección de la interpretación y la aplicación del art. 326.2 LOPJ que había realizado el CGPJ.

De la sentencia de 11 de febrero de 2021 merecen ser destacados una serie de aspectos. El primero que, pese a los esfuerzos argumentativos de los recurrentes, el “documento interno de trabajo” con el que el Pleno del CGPJ marcó las directrices para la redacción de las bases que después aprobaría no era un reglamento aprobado sin seguir el procedimiento correspondiente, sencilla-

¹⁸ A título de ejemplo, puede señalarse como ejemplo de bases para el nombramiento de una plaza de carácter gubernativo-jurisdiccional la relativa a la presidencia de la Audiencia Provincial de Granada, https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-11620; y como ejemplo de plaza de carácter exclusivamente jurisdiccional, la relativa a una plaza de magistrado de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-6533

¹⁹ Concretamente las relativas a las presidencias de las Audiencias Provinciales de A Coruña, Albacete, Cáceres, Castellón, Lleida, Toledo, Soria, Valencia, Valladolid y Zamora; las presidencias de las Salas de lo Social de los TSJ de Aragón, Comunidad Valenciana y Castilla-La Mancha; la presidencia de la Audiencia Nacional; la presidencia del TSJ de Galicia; la presidencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional; la presidencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional; las presidencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los TSJ de Castilla y León con sede en Burgos y de la Región de Murcia; una plaza de magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo; dos plazas de magistrados de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

²⁰ STS, 3ª, de 11 de febrero de 2021, recurso 315/2019, ECLI:ES:TS:2021:744.

mente porque no era ningún reglamento sino lo que su propio título indicaba: un documento interno para simplificar el trabajo de elaboración de las bases que, al tiempo de aprobarlas, podría haber sido perfectamente desconocido o rectificado porque no se trataba de ninguna norma vinculante autoimpuesta por el Pleno.

Pero, en segundo lugar, y con carácter fundamental, la sentencia destaca algo en lo que después tendremos que volver a incidir porque constituye una afirmación reiterada por la jurisprudencia: los procedimientos para llevar a cabo los nombramientos a los que nos referimos no son un concurso, y la naturaleza de esos nombramientos es netamente discrecional, sin perjuicio de la posibilidad de control jurisdiccional de los elementos reglados. Y esto es algo que se encarga de destacar la sentencia porque se le hace evidente que el recurso no tiene otro objetivo que intentar limitar el margen de discrecionalidad que la LOPJ reconoce al CGPJ. Precisamente por ello, porque el procedimiento de selección no es un concurso y el CGPJ cuenta con ese amplio margen de discrecionalidad, dice la sentencia, “la selección de los candidatos propuestos no se encomienda a un órgano técnico, sino al Pleno del CGPJ”, añadiendo en un párrafo posterior que el CGPJ está “dotado de un amplio margen de discrecionalidad en las competencias que le atribuye la LOPJ, tal y como corresponde a su naturaleza de órgano constitucional de gobierno del Poder Judicial”.

Con este punto de partida, la sentencia considera correcto que las bases permitan que los candidatos puedan alegar méritos añadidos a los que de manera específica se expresan en la convocatoria, sencillamente porque no estamos ante un concurso baremado y no es incompatible con el principio de mérito y capacidad (sino todo lo contrario) que el Pleno pueda considerar todos los méritos relevantes que los candidatos aleguen, se indiquen o no en las bases de la convocatoria.

También rechaza la sentencia que las bases incurran en ningún defecto por no establecer de manera precisa los criterios de evaluación de la entrevista que tienen que realizar los candidatos, algo que volvería a redundar en la conversión de la entrevista en una suerte de prueba o examen dentro de un concurso baremado.

Que tampoco es contrario al art. 326.2 LOPJ que en la expresión de los criterios de ponderación de los méritos no se haya llegado al extremo de precisión que reclaman los recurrentes, nuevamente por la misma razón: no cabe convertir por esa vía el procedimiento de selección en lo que la LOPJ precisamente rechaza (que sea un concurso).

Por último, la sentencia rechaza, por ilógica y asistemática, la interpretación propuesta por los recurrentes que llevaría a impedir establecer diferencias de valoración entre las plazas exclusivamente jurisdiccionales y las gubernativo-jurisdiccionales.

Las bases, por lo tanto, y la interpretación y la aplicación que el CGPJ hace con esas bases del art. 326.2 LOPJ, son conformes con la naturaleza de los nombramientos establecida en la LOPJ y con las propias funciones del CGPJ como órgano constitucional.

3.2. La jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el alcance de la discrecionalidad de los nombramientos y el contenido y motivación de los actos de nombramiento de carácter discrecional

Tal y como hemos señalado en la introducción, la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en materia de nombramientos de carácter discrecional del CGPJ ha sido vacilante, hasta el punto de calificarse a sí mismo en numerosas sentencias como una “jurisprudencia en tránsito”, cuyos vaivenes, según algunos de los miembros

de esa Sala, han llegado al punto del “notorio desfallecimiento”²¹. Ese tránsito, sin embargo, parece haber concluido con cuatro sentencias recientes dictadas en los meses de abril y mayo de 2022, concretamente las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2022²² y tres sentencias de 30 de mayo de 2022²³, que constituyen la que cabe considerar, en la actualidad, la jurisprudencia definitiva en materia de nombramientos discrecionales.

Las sentencias, que parten ya de la aplicación del art. 326.2 LOPJ, se extienden en una serie de consideraciones comunes que, dejando hablar al Tribunal Supremo y por referencia a una de ellas (tomaremos como esa referencia la de 30 de mayo de 2022 dictada en el recurso 38/2021), aclaran una serie de extremos relevantes.

En primer lugar, y en relación con el margen de discrecionalidad que el art. 326.2 LOPJ atribuye a los nombramientos del CGPJ, la sentencia realiza las siguientes manifestaciones que evidencian que efectivamente el CGPJ goza de discrecionalidad en el ejercicio de su competencia para realizar determinados nombramientos y que su margen es amplio. Ello se resume en que, una vez que el CGPJ ha comprobado y justificado que los candidatos propuestos son idóneos, la elección entre los idóneos es discrecional:

“La doctrina de la sentencia del Pleno 1136/2017, de 27 de junio (rec. 4942/2016) sienta el criterio de que la comparación aislada de méritos no puede negar al Consejo una facultad razonable de valoración del conjunto de todos ellos o establecer la preferencia de uno o de alguno respecto de los demás.

²¹ Vid. nota 1 de este capítulo.

²² STS, 3^a, de 25 de abril de 2022, recurso 131/2021 (ECLI:ES:TS:2022:1574).

²³ SSTS, 3^a, de 30 de mayo de 2022. correspondientes a los recursos 38/2021 (ECLI:ES:TS:2022:2218), 45/2021 (ECLI:ES:TS:2022:2220), y 84/2021 (ECLI:ES:TS:2022:2219).

Alcanzado el nivel de excelencia en cuanto a los méritos y capacidad, el CGPJ dispone de discrecionalidad en el nombramiento en una valoración de conjunto o la preferencia de alguno de los méritos”.

“En efecto, es doctrina de esta Sala la de que la libertad del Consejo comienza una vez que se haya rebasado ese umbral de profesionalidad exigible y tiene múltiples manifestaciones, porque una vez justificada que existe esa cota de elevada profesionalidad en varios de los candidatos, el órgano constitucional en ejercicio de su discrecionalidad puede efectivamente ponderar una amplia variedad de elementos, todos ellos legítimos, y acoger cualquiera de ellos para decidir, entre esos candidatos que previamente hayan superado el escrutinio de profesionalidad, quién es el que finalmente debe ser nombrado”.

“Se trata, por tanto, por expresa determinación legal, de una convocatoria abierta que ha de ser resuelta por el Consejo General del Poder Judicial, dotado de un amplio margen de discrecionalidad en las competencias que le atribuye la LOPJ, tal y como corresponde a su naturaleza de órgano constitucional de gobierno del poder judicial”.

En segundo lugar, y en cuanto a las consecuencias que derivan de ese margen de discrecionalidad, la sentencia concluye que el factor determinante de la elección entre candidatos idóneos, precisamente porque la elección es discrecional, le corresponde determinar al CGPJ:

“... la libertad del Consejo comienza una vez que se haya rebasado ese umbral de profesionalidad exigible y tiene múltiples manifestaciones, porque una vez justificada que existe esa cota de elevada profesionalidad en varios de los candidatos, el órgano constitucional en ejercicio de su discrecionalidad puede efectivamente ponderar una amplia variedad de elementos, todos ellos legítimos, y acoger cualquiera de ellos para decidir, entre esos candidatos que previamente hayan superado el escrutinio de profesionalidad, quién es el que finalmente debe ser nombrado”.

En tercer lugar, la sentencia insiste en algo constantemente afirmado por la jurisprudencia: el procedimiento para los nombramientos discrecionales no es un concurso, y ello implica, entre sus consecuencias, que la motivación del candidato elegido no puede resultar de un contraste entre los méritos de unos y otros candidatos, algo que sencillamente no resulta exigible:

“La tesis de la parte demandante supone que toda propuesta en un concurso competitivo debe hacer una valoración comparativa expresa de los méritos del candidato o candidatos propuestos con los de los no propuestos. Sin embargo, la progresiva exigencia de un mayor rigor en la motivación de las propuestas para la provisión de plazas judiciales, sean gubernativas o jurisdiccionales, en ningún caso ha llegado en nuestra jurisprudencia a la exigencia de tal examen comparativo de los méritos de los candidatos ni en la propuesta de la Comisión Permanente ni en la posterior del Pleno para la provisión de la plaza. Como tampoco hemos considerado en dicha jurisprudencia que la valoración de los méritos deba plasmarse en calificaciones numéricas a los efectos de una mayor objetivación de las propuestas, lo que supondría la transformación de un nombramiento discrecional por parte de un órgano constitucional como el Consejo General del Poder Judicial en un nombramiento plenamente reglado o, lo que es igual, en un concurso de méritos reglado en el que el órgano decisor carecería de todo ámbito o margen de discrecionalidad”.

Por el contrario, la motivación ha de consistir en (y limitarse a) la identificación de los méritos que realmente justifican la excelencia del candidato y las fuentes de conocimiento de esos méritos. Una vez cubierta esta exigencia, no es necesario dar mayor contenido a la motivación de la propuesta al Pleno ni de su ulterior decisión:

“... se refiere la ponderación de los méritos conforme determina la base sexta de la convocatoria, señala las fuentes de conocimiento: documentación presentada por los candidatos, los datos que constan en el expediente personal de los mismos, los informes solicitados y el resultado

de la comparecencia de los solicitantes ante la propia CP, en la que defendieron sus currículos y proyectos de actuación presentados.

Seguidamente, se efectúa una reseña curricular de cada uno de ellos, que no se limita a la mera descripción de los méritos invocados, contenido en expresiones valorativas como el carácter notable de la experiencia judicial o destacando las profesiones jurídicas y otras actividades”.

Por esa misma razón, tampoco es necesario que la propuesta de nombramiento que se eleve al Pleno contenga una prelación o preferencia entre los candidatos, ya que no se debe hacer un contraste entre los méritos de unos y otros:

“En este sentido ha de señalarse que, como determina el art. 16.5 del citado Reglamento, la propuesta de la Comisión de Calificación se redactará por orden alfabético, salvo que concurren méritos o circunstancias que justifiquen la confección por orden de preferencia, previsión normativa que ha de tenerse en consideración en la interpretación y aplicación de las bases de la convocatoria y que impide considerar la alegación de la demanda, sobre la no indicación de prelación, como vicio invalidante de la propuesta”.

Por último, y como añadido final que no se contiene en esa sentencia pero sí en otras de las citadas (como la de 25 de abril de 2022), la referencia que se realiza en el art. 326.2 *in fine* LOPJ en relación con la necesidad de llevar a cabo una valoración de la adecuación de la propuesta a lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, no se traduce en la necesidad de un contraste de los méritos de los candidatos masculinos y femeninos, algo que sólo podría justificarse en situaciones de igualdad de méritos o “empate” en la valoración que lleve a cabo el Pleno en el momento de la votación.

En definitiva, y esta es la conclusión que cabe extraer del estado actual de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de nom-

bramamientos discrecionales, el reconocimiento de las facultades discrecionales del CGPJ es pleno y amplio, y ello se traduce en las exigencias del contenido de la motivación de sus actos que hemos expuesto, que excluyen que por vía de una “valoración comparativa” el procedimiento de selección pueda convertirse en lo que no es: un concurso con un baremo de méritos construido sobre la marcha.

4. Estándares europeos y jurisprudencia del TJUE

El epígrafe final de este capítulo nos lleva nuevamente, de la mano del Derecho de la Unión Europea, a la idea que hemos avanzado en el epígrafe introductorio como tesis: los nombramientos discrecionales de los llamados “altos cargos judiciales” no plantean en España un problema en cuanto a la metodología de nombramiento, que cabe evaluar como correcta para asegurar la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad. Sin embargo, está justificada la polémica en torno a la cuestión de los nombramientos y la promoción o ascenso porque efectivamente existe un problema, que no radica en el método para llevar a cabo los nombramientos, sino en el órgano que los lleva a cabo: el CGPJ. Y en entiéndase que ese problema no consiste en que los nombramientos sean llevados a cabo por el CGPJ, que es en todo caso lo correcto y deseable en tanto que garante de la independencia del poder judicial, sino en el empeño de determinados sectores políticos en mantener vivo el problema generado por la falta de confianza de la ciudadanía que deriva del sistema de elección política de los miembros judiciales del CGPJ, cuyos veinte vocales son elegidos por el Congreso de los Diputados y el Senado, incluidos los doce jueces que necesariamente deben integrarlo.

Desde la perspectiva europea, ambas cuestiones (la adecuación de la metodología de nombramiento y el problema derivado de la forma de elección de los miembros del órgano de gobierno

del poder judicial que han de hacer esos nombramientos) han sido objeto de observación por las instituciones de la Unión Europea (TJUE y Comisión Europea) y del Consejo de Europa (Grupo de Estados contra la Corrupción –GRECO– y TEDH).

En relación con la primera cuestión (adecuación de la metodología de nombramiento), y como hemos analizado en el epígrafe anterior, el Tribunal Supremo ha confirmado que la interpretación que el CGPJ ha hecho del art. 326.2 LOPJ a través de las bases de las convocatorias de plazas de nombramiento discrecional es la correcta. De la misma manera, el Tribunal Supremo también ha confirmado que la aplicación que hace en los concretos nombramientos llevados a cabo es también la correcta. Pero a ello cabe añadir que en su última evaluación²⁴, el Grupo de Estados contra la Corrupción dependiente del Consejo de Europa (GRECO) ha pasado, de una inicial evaluación negativa en el primer informe, a valorar positivamente las medidas adoptadas desde su último informe (art. 326.2 LOPJ), aunque apuntando algunos aspectos de mejora adicionales que en absoluto ponen en cuestión las líneas generales del sistema²⁵.

²⁴ GRECO. Cuarta Ronda de Evaluación. Prevención de la corrupción con respecto a los parlamentarios, jueces y fiscales. Segundo informe de cumplimiento. España. Aprobado por el GRECO en su 87ª reunión plenaria, Estrasburgo, 22 a 25 de marzo de 2021. Accesible en <https://rm.coe.int/cuarta-ronda-de-evaluacion-prevencion-de-la-corrupcion-con-respecto-a-/1680a3fd52>

²⁵ En concreto, GRECO sólo apunta dos cuestiones precisas que, a su juicio, merecen mejora: crítica la posibilidad que tienen los vocales del CGPJ, prevista en el art. 16.4 del Reglamento CGPJ 1/2010, de 25 de febrero, de proponer candidatos adicionales a los incluidos en la terna de candidatos que se somete a la decisión del Pleno (aunque no queda claro si GRECO conoce o ha tenido en cuenta que esa posibilidad se somete en todo caso a la necesidad de que los vocales proponentes justifiquen y razonen de manera detallada que los méritos de los candidatos justifican esa adición); o que “se preste más atención a las cuestiones relativas a la igualdad de género”, pero sin analizar en absoluto el marco de la legislación española ni si la práctica seguida por el CGPJ es conforme con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional, del TEDH y del TJUE, como efectivamente lo es.

De hecho, el punto realmente crítico que se señala en el informe del GRECO en relación con los nombramientos no es la metodología para llevarlos a cabo, sino precisamente el problema derivado de la forma de elección de los miembros judiciales del CGPJ, en línea con la tesis que se sostiene en este capítulo. En concreto, afirma el informe en su apartado 54:

“Por último, GRECO señala que, lamentablemente, las críticas sobre la percepción de politización del CGPJ repercuten negativamente en las decisiones de nombramiento adoptadas por este último. Incluso si los procedimientos para el nombramiento de los puestos superiores de la judicatura se han articulado y mejorado con el tiempo, como se ha descrito anteriormente, persiste a los ojos de los ciudadanos una sombra de duda sobre su imparcialidad y objetividad. Dado el amplio margen de discrecionalidad con que cuenta el CGPJ para el nombramiento de los puestos superiores de la judicatura, la cuestión de su composición parece de importancia primordial”.

Y si se analiza el informe²⁶ que acompaña a la Comunicación de la Comisión Europea sobre el Estado de derecho del año 2022 en relación con España²⁷, se observa que, de entre el listado de críticas y puntos de mejora que se incluyen en el informe y las recomendaciones, que no son pocas, no se incluye ninguna relativa a la metodología de nombramiento de los altos cargos judiciales y sí, y varias veces y de manera contundente, a la forma de elección de los vocales judiciales del CGPJ que han de llevar a cabo esos nombramientos. Ello nos lleva a la segunda cuestión que antes hemos indicado: la relevancia que la jurisprudencia del TJUE y del TEDH

²⁶ https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/24_1_194017_coun_chap_spain_es.pdf

²⁷ https://ec.europa.eu/info/publications/2022-rule-law-report-communication-and-country-chapters_en

otorga a la forma de elección de los vocales del CGPJ desde la perspectiva de los nombramientos judiciales.

El análisis exhaustivo de esa jurisprudencia es una tarea que he llevado a cabo en otras obras²⁸, pero que puede sintetizarse en los siguientes puntos clave.

El primero de ellos tiene que ver con el interés de las instituciones de la Unión Europea por establecer un marco claro sobre el alcance del principio del Estado de derecho y de la independencia judicial a partir de determinados fenómenos de *backsliding* producidos en algunos Estados miembros de la Unión Europea del este de Europa que han comprometido seriamente esos principios, con el riesgo de contagio a otros países de la Unión²⁹.

²⁸ MACÍAS CASTAÑO, J.M., “El Consejo General del Poder Judicial como órgano de gobierno del poder judicial”, en *El poder de los Tribunales*, dirigido por RECUERDA GIRELA, M.A., ed. Aranzadi, 2022; y MACÍAS CASTAÑO, J.M., “Poder judicial e independencia judicial: el Consejo General del Poder Judicial frente a la jurisprudencia del TJUE y del TEDH”, en *Anuario de Derecho Administrativo 2022*, dirigido por RECUERDA GIRELA, M.A., ed. Thomson Reuters - Civitas, 2022.

²⁹ Con carácter general sobre el *backsliding*, puede verse KRZYWO, A., “La defensa y el desarrollo del principio de independencia judicial en la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 119, 2020; HAGGARD, S. y KAUFMAN, R., *Backsliding*, Cambridge University Press, 2021; FAGGIANI, V., “La ‘rule of backsliding’ como categoría interpretativa del declive del constitucionalismo en la UE”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 71, 2019; BERMEO, N., “On Democrátic Backsliding”, *Journal of Democracy*, núm. 27, 2016; MAZZOLENI, O. y VOERMAN, G., “In the Name of Sovereignty. Right-Wing Populism and the Power of the Judiciary in Western Europe”, *Partecipazione e Conflicto*, 13(3), 2020; SZENTE, Z., “Challenging the Basis Values. Problems in the Rule of Law in Hungary and the Failure of the EU to tackle them”, en JAKAB, A. y KOCHENOV (eds.), *The enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States’ Compliance*, Oxford University Press, 2017; TÓTH, G. A., “Illiberal Rule of Law? Changing Features of Hungarian Constitutionalism”, en ADAMS, M., MEUWESE, A. y HIRSCH BALLIN, E. (eds.), *Constitutionalism and the Rule of Law, Bridging Idealism and Realism*, Cambridge University Press, 2017.

El segundo de esos puntos clave ha consistido en establecer una justificación de la competencia del TJUE para poder realizar una evaluación del cumplimiento de esos principios por parte de los consejos de Justicia de los Estados miembros, tarea harto complicada en la medida que es una función constitucional propia de los Estados miembros no atribuida a la Unión Europea en los tratados constitutivos.

En una jurisprudencia que se desarrolla a partir de la sentencia de 27 de febrero de 2018³⁰, el TJUE ha encontrado esa justificación en el juego combinado del art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (la Carta) y los arts. 2 y 19 del Tratado de la Unión Europea (TUE). En términos sintéticos, el TJUE razona que la independencia de los jueces que aplican el Derecho de la Unión Europea es una exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el art. 47 de la Carta y, al mismo tiempo, un elemento esencial del principio de Estado de derecho (art. 2 TUE), que no sólo se predica respecto del TJUE, sino también de los jueces de los Estados miembros cuando aplican el Derecho de la Unión (art. 19 TUE). Ahora bien, como todos y cada uno de los jueces de los Estados miembros pueden aplicar el Derecho de la Unión, ese requisito puede exigirse (y comprobar que se cumple) con carácter previo y permanente, y eso es lo que habilita al TJUE para evaluar las normas nacionales con independencia de (o sin necesidad de esperar a) un acto concreto de aplicación del Derecho de la Unión.

³⁰ STJUE de 27 de febrero de 2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (ECLI:EU:C:2018:117). En relación con esta sentencia véase GARCÍA-VALDECASAS DORREGO, M.J., “El Tribunal de Justicia, centinela de la independencia judicial desde la sentencia *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (ASJP)”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 72, 2019; y CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, M., “La protección de la independencia judicial en el Derecho de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 65, 2020.

El tercero de los aspectos fundamentales de esta evolución pasa por concretar las exigencias del Estado de derecho desde la perspectiva de la independencia judicial y según el Derecho europeo. Esa es una tarea inicialmente asumida por varias instituciones del Consejo de Europa, como su Consejo de Ministros –con un texto inicial destacado, la recomendación N° R (94) 12–, las conferencias impulsadas por el Directorado de Asuntos Judiciales (de las que acabó resultando la Carta Europea de los Jueces de 1998), los distintos informes de la Comisión de Venecia (Comisión Europea para la Democracia por el Derecho, órgano consultivo del Consejo de Europa) y el Consejo Consultivo de los Jueces Europeos; pero también a partir de recomendaciones de la Comisión Europea y el Parlamento Europeo, que han configurado un extenso *soft law* que da cuerpo a los estándares europeos sobre Estado de derecho³¹. No es el caso de hacer un análisis exhaustivo de esos estándares en este capítulo, pero sí de señalar que uno de esos estándares, reiterado de manera continua en los textos de estas instituciones, es que allí donde la preservación de la independencia judicial se encomiende a un consejo de Justicia, al menos la mitad de sus miembros han de ser jueces designados por sus pares, exigencia que conecta con la importancia que, en una sociedad democrática, hay que conceder a la confianza de los ciudadanos en la independencia de sus jueces, que no es compatible con la apariencia de politización que inevitablemente resulta de una designación por los poderes ejecutivo o legislativo.

Y el último paso es el que se produce con la transformación de ese *soft law* en un *hard law* vinculante por vía de la jurispruden-

³¹ Con carácter general sobre la evolución y contenido de los estándares europeos en materia de Estado de derecho, véase BUSTOS, R. “La influencia de los textos no vinculantes del Consejo de Europa sobre independencia judicial en el TEDH y la UE”, *Teoría y realidad constitucional* (UNED), núm. 47, 2021.

cia del TJUE y del TEDH. Los ejemplos de esa jurisprudencia son recientes, pero contundentes, y se expresan en las sentencias del TJUE de 2 de marzo de 2021³², de 15 de julio de 2021³³ y de 6 de octubre de 2021³⁴; y del TEDH de 22 de junio de 2021³⁵, de 8 de noviembre de 2021³⁶ y de 3 de febrero de 2022³⁷, que en buena medida se fundamentan en las consideraciones realizadas en las sentencias del TJUE. La conclusión a las que llegan estas sentencias es que no resulta compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 47 de la Carta y con el derecho a un juicio equitativo garantizado en el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas³⁸ que los jueces sean nombrados por un consejo de Justicia cuyos miembros no sean, al menos en la mitad, jueces y que no hayan sido elegidos por los propios jueces. Para estos tribunales, la apariencia de politización del órgano de gobierno de los jueces se traslada a los propios jueces nombrados por ese órgano como una suerte de pecado original que el bautismo no alcanza a redimir, y fundamenta la desconfianza de los ciudadanos en su independencia, sencillamente porque en una sociedad democrática moderna las cosas son

³² STJUE de 2 de marzo de 2021, C-824/18 (ECLI:EU:C:2021:153).

³³ STJUE de 15 de julio de 2021, C-791/19 (ECLI:ES:C:2021:596).

³⁴ STJUE de 6 de octubre de 2021, C-487/19 (ECLI:ES:C:2021:798).

³⁵ STEDH de 22 de junio de 2021, asunto *Reczkowicz*.

³⁶ STEDH de 8 de noviembre de 2021, asunto *Dolinska*.

³⁷ STEDH de 3 de febrero de 2022, asunto *Advance Pharma*.

³⁸ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente, firmado por el Reino de España el 24 de noviembre de 1977 y ratificado el 26 de septiembre de 1979 (BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979).

lo que parecen ser y no pueden considerarse independientes, según las exigencias de los cánones europeos, unos jueces nombrados por un órgano aparentemente politizado.

En eso, en la necesidad de que los jueces parezcan independientes, y en el hecho de que el órgano que los nombra no lo parezca, es en lo que radican realmente las carencias de nuestro sistema de nombramiento discrecional de “altos cargos judiciales” que, por lo que se acaba de analizar, son carencias que no sólo se plantean en el plazo de la conveniencia o de la mera oportunidad, sino de la violación del Derecho de la Unión Europea y de los tratados internacionales en materia de protección de derechos humanos asumidos por España.

5. Bibliografía

- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Racionalizar (y moralizar) la política de nombramientos”, *Jueces para la Democracia*, núm. 52, 2009.
- BERMEO, N., “On Democratic Backsliding”, *Journal of Democracy*, núm. 27, 2016.
- BUSTOS, R., “La influencia de los textos no vinculantes del Consejo de Europa sobre independencia judicial en el TEDH y la UE”, *Teoría y realidad constitucional* (UNED), núm. 47, 2021.
- CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, M., “La protección de la independencia judicial en el Derecho de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 65, 2020
- (DIVERSOS AUTORES) *Judiciaries in Comparative Perspective*, editado por H. P. LEE, Cambridge University Press, 2011.
- GARCÍA-VALDECASAS DORREGO, M.J., “El Tribunal de Justicia, centinela de la independencia judicial desde la sentencia Associação Sindical dos Juízes Poturgueses (ASJP)”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 72, 2019.

- HAGGARD, S. y KAUFMAN, R., *Backsliding*, Cambridge University Press, 2021; FAGGIANI, V., “La ‘rule of backsliding’ como categoría interpretativa del declive del constitucionalismo en la UE”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 71, 2019.
- KRZYWO, A., “La defensa y el desarrollo del principio de independencia judicial en la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 119, 2020.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., *La independencia y el gobierno de los jueces. Un debate constitucional*, ed. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2017.
- MACÍAS CASTAÑO, J.M., “El Consejo General del Poder Judicial como órgano de gobierno del poder judicial”, en *El poder de los Tribunales*, dirigido por RECUERDA GIRELA, M.A., ed. Aranzadi, 2022.
- MACÍAS CASTAÑO, J.M., “Poder judicial e independencia judicial: el Consejo General del Poder Judicial frente a la jurisprudencia del TJUE y del TEDH”, en *Anuario de Derecho Administrativo 2022*, dirigido por RECUERDA GIRELA, M.A., ed. Thomson Reuters - Civitas, 2022.
- MACÍAS CASTAÑO, J.M., “La Justicia en España. Una visión de futuro”. *La clave judicial*, 2022, accesible en <https://laclavejudicial.org/2022/02/18/la-justicia-en-espana-una-vision-de-futuro/>
- MAZZOLENI, O. y VOERMAN, G., “In the Name of Sovereignty. Right-Wing Populism and the Power of the Judiciary in Western Europe”, *Partecipazione e COncflitto*, 13(3), 2020.
- RODRÍGUEZ MENÉS, J., “Movilidad social y cambio social en España”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 61, 1993.
- SERRA CRISTÓBAL, R., “El Consejo General del Poder Judicial y los nombramientos discrecionales de magistrados”, coordinado por REVENGA SÁNCHEZ, en *Actas del VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, 2009.

SZENTE, Z., “Challenging the Basis Values. Problems in the Rule of Law in Hungary and the Failure of the EU to tackle them”, en JAKAB, A. y KOCHENOV (eds.), *The enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States’ Compliance*, Oxford University Press, 2017.

TÓTH, G. A., “Illiberal Rule of Law? Changing Features of Hungarian Constitutionalism”, en ADAMS, M., MEUWESE, A. y HIRSCH BALLIN, E. (eds.), *Constitutionalism and the Rule of Law, Bridging Idealism and Realism*, Cambridge University Press, 2017.

JOSÉ ANTONIO BALLESTERO PASCUAL

Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Galicia

Vocal del Consejo General del Poder Judicial

La remuneración, la jubilación, los mecanismos de prórroga de las funciones de los jueces y el régimen de la responsabilidad disciplinaria

1. Sistema retributivo

1.1. Introducción

“No siempre la remuneración del juez ha sido considerada como un baluarte más de su independencia; antes, al contrario, se sostenía su futilidad para la prevención de influencias indebidas y así no era inhabitual encontrar en la doctrina científica de otras épocas afirmaciones como la de que “los jueces son o no independientes sin que entre para nada en juego este problema económico. En la historia de la vida judicial española podrían citarse numerosos casos de funcionarios de la justicia municipal espléndidamente remunerados y poco independientes, por deber su nombramiento y esperar su reelección de cualquier partido político, mientras que otros funcionarios judiciales mal pagados, de-

signados por oposición, defienden su independencia quizá a costa de traslados o destituciones”¹.

Por eso es obligado comenzar esta breve exposición del sistema retributivo de los jueces aseverando, con la Carta Magna de los Jueces proclamada en Luxemburgo el 17 de noviembre de 2010 por el Consejo Consultivo de Jueces Europeos del Consejo de Europa, la capital relevancia de un salario adecuado para asegurar, en su aspecto de empleados públicos sujetos a un estatuto profesional, la independencia de los jueces (art. 402 de la LOPJ) con un modo de vida garante de esa ya aludida dignidad de la función jurisdiccional y alta posición de los jueces en el Estado de Derecho, de modo tal que se acuda y permanezca en la carrera judicial, en una sociedad altamente competitiva, no sólo por fundamentales razones psicológicas o de ética pública². La enorme responsabilidad de sus tareas constitucionales y sus severas incompatibilidades, imprescindible para evitar injerencias e intromisiones, convierten la independencia económica en una parte integrante del status de jueces y magistrados, y, en cuanto delimita el núcleo esencial e insoslayable de su régimen retributivo, debe venir determinada por ley, y más en concreto, conforme al artículo 122.2 de la C.E., por ley orgánica. De este modo los artículos 402 y 403 de la LOPJ conforman el re-

¹ MENÉNDEZ PIDAL, Faustino, *Derecho judicial español*, Madrid, Editorial Reus, Madrid, 1935, página 124., citado en el informe sobre “Protección Social de la Carrera Judicial” del grupo de trabajo credo por el Consejo General del Poder Judicial, cuyas 130 propuestas fueron aceptadas como principios programáticos en la sesión plenaria de 26 de julio de 2011.

² SILVA MELERO, Valentín, incluía, entre las garantías de la independencia judicial –siguiendo la letra de José Castán con pequeño añadido claramente inspirado en Ángel Ossorio y Gallardo– una “remuneración holgada, que asegure la independencia económica y atraiga a la función judicial a lo más selecto de los juristas de cada país”, *Las garantías de la independencia judicial*, Madrid, Editorial Reus, 1955, página 18, citado en el informe sobre Protección Social antes referido.

ducto cualitativo de ese régimen: objetivo, equitativo, transparente, estable, atento a la dedicación a la función jurisdiccional, a la categoría y antigüedad, a la responsabilidad del cargo y el puesto de trabajo, con un componente fijo y otro variable por objetivos. El legislador ordinario ha desarrollado estas características en la ley 15/2003, de 26 de mayo, reguladora del régimen retributivo de las carreras judicial y fiscal³.

La independencia económica no se refiere sólo a la remuneración, sino que se ha enriquecido con la finalidad de que los miembros de la Carrera Judicial ejerciten su función en condiciones profesionales dignas (descanso, conciliación, cobertura social, salud). Dentro del Estado constitucional de Derecho, la protección social de la Carrera Judicial se erige así en un elemento central de la independencia judicial⁴.

Ahora bien, los preceptos antes citados –no así la noción de independencia económico-social– no conciernen a los magistrados del Tribunal Supremo, como “magistratura de ejercicio”, con un estatuto especial según lo dispuesto en los artículos 299.2 y 404bis de la LOPJ, incorporado por la LO 5/1997, de 4 de diciembre y el artículo 1.3 de la ley 15/2003. Se da carta de naturaleza a la aspiración de estos magistrados de generar un “estatuto especial”, una de cuyas características, en lo que ahora interesa, consiste en referenciar sus sueldos al de los miembros de otros Altos Órganos del Estado, según se plasmó en un “Borrador de Anteproyecto de modificación de determinados preceptos de la Ley Orgánica del

³ STS TS 969/2020, de 9 de julio, sección sexta C-A.

⁴ “Protección Social de la Carrera Judicial” del grupo de trabajo credo por el del Consejo General del Poder Judicial, cuyas 130 propuestas fueron aceptadas como principios programáticos en la sesión plenaria de 26 de julio de 2017.

Poder Judicial y de la Ley de Demarcación y Planta Judicial en relación con el Estatuto de los Magistrados el Tribunal Supremo” que venía circulando, sin firma, desde la primavera de 1996⁵.

1.2. Conceptos retributivos

La Ley de 15/2003 desarrolla –leemos en su exposición de motivos– el mandato asumido por el legislador en 1985 y regula el régimen retributivo de la carrera judicial a través de un sistema sumamente innovador en muchos aspectos respecto al régimen aplicable al resto de los servidores del Estado. De este modo, las retribuciones de los jueces y magistrados estarán integradas, con carácter general, por un componente fijo y otro variable por objetivos, cuyos elementos de cuantificación se regulan detalladamente en la ley.

Las retribuciones fijas, a las que se dedica el capítulo II, aparecen estructuradas en dos categorías: retribuciones básicas y retribuciones complementarias. Las retribuciones básicas están formadas por el sueldo y la antigüedad, las cuales reflejan objetivamente la categoría dentro de la carrera judicial y el incremento proporcional sucesivo sobre el sueldo inicial, fijado en un cinco por ciento por trienio.

Los magistrados y jueces tendrán derecho a percibir dos pagas extraordinarias al año, por importe cada una de ellas igual a una mensualidad de sueldo y antigüedad reconocidos, y en su caso una cantidad proporcional al complemento de destino en los términos que se fijen por ley para el conjunto del sector público estatal, que se harán efectivas los meses de junio y diciembre, siempre que los perceptores estuvieran en servicio activo o con derecho a devengo del sueldo el día primero de los meses indicados.

⁵ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, “Actualidad y legislación”. *Tribunales de Justicia*, 2/1997, pp. 81 y ss.

Como retribuciones complementarias la ley contempla el complemento de destino y el complemento específico. El complemento de destino acoge el criterio poblacional combinado con las condiciones objetivas de representación vinculadas al cargo desempeñado y otras circunstancias asociadas al destino. El complemento específico remunera las condiciones especiales de determinadas plazas afectadas por una singular responsabilidad, complejidad o penosidad. Como retribución complementaria, la LO 4/2018, de 28 de diciembre añade el complemento de carrera profesional, aún no desarrollado.

Tienen la condición de retribuciones especiales las correspondientes al desempeño de servicios de guardia, las derivadas de la prestación de servicios extraordinarios sin relevación de funciones jurisdiccionales y las correspondientes a las sustituciones que impliquen el desempeño conjunto de otra función. Son compatibles con todos los demás conceptos retributivos y los requisitos de estas retribuciones, su devengo y su cuantía se regulan reglamentariamente por el Gobierno.

Sin duda, el concepto más innovador y, por tanto, polémico es el de retribuciones variables, introductor del rendimiento, aunque, en principio, sin incidencia en la parte fija, como elemento determinante de la retribución final. Por eso, uno de sus aspectos más litigioso –la rebaja salarial prevista en el artículo 9.2 de la Ley 15/2003 para quienes no alcanzaran el ochenta por ciento del objetivo– conforme a la exposición motivos del Reglamento ejecutivo 2/18, aprobado por Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 29 de noviembre de 2018, de retribuciones variables por objetivos, debe entenderse “tácitamente derogado por la nueva redacción dada al artículo 403 por Ley Orgánica 19/2003, dada la notoria inconciliabilidad que se aprecia en la sucesión nor-

mativa”. Así lo entiende también la STS, sala tercera, sección sexta, 969/2020, de 9 de julio en su FJ sexto. Ahora bien, esta conclusión reglamentaria y jurisprudencial no es segura: el artículo 27.4 y 5 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2021 se refiere al citado precepto como norma vigente. Merma salarial a la que el Tribunal Supremo ha negado carácter sancionador (STS. pleno sala tercera, de 7 de marzo de 2006).

Beneficioso ha resultado también, desde una perspectiva de igualdad, el cambio de criterio operado a partir del año 2018 por el Servicio de Inspección del CGPJ cuando ha empezado a considerar que todos los períodos en los que no se prestan servicios por causas relacionadas con la natalidad –embarazo de riesgo, maternidad, lactancia– han de tener proyección efectiva en el cómputo de la puntuación. Si bien todavía se carece de datos para conocer y evaluar el impacto de género del nuevo sistema reglamentario, se puede afirmar que existen diferencias retributivas por el menor grado de participación, en general, de la mujer en tareas gubernativas, comisiones de servicio, dirección de cursos, cargos colaborativos, actividades extra jurisdiccionales compatibles. Factores a los que se deben añadir las medidas de conciliación de la vida familiar y profesional que implican una suspensión del cobro de retribuciones (excedencias y licencias sin sueldo una reducción de estas (reducciones de jornada) y son solicitadas por juezas y magistradas en más de un noventa por ciento de los casos⁶.

El desarrollo ejecutivo de las previsiones legales sobre las retribuciones variables se encomendó al Reglamento 2/2003 aprobado por acuerdo del CGPJ de 3 de diciembre, cuya nulidad fue declarada

⁶ II Plan de Igualdad de la Carrera Judicial, II.7, Retribuciones, Consejo General del Poder Judicial, 2020.

por dos sentencias del Pleno de la Sala tercera del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2006. El argumento esencial explica, en sus respectivos fundamentos cuarto, séptimo y octavo, que la ley exige una valoración del rendimiento individualizado, lo que impone la fijación de objetivos para cada destino, mientras que el Anexo I del Reglamento acepta que no ha realizado una valoración de la dedicación para cada caso concreto, ni para cada destino, sino que ha operado partiendo de cómputos globales aproximativos, que por lo demás tampoco aparecen suficientemente detallados, de los que saca unas consecuencias que son las que le llevan a fijar unos módulos desde una perspectiva básicamente productivista, ajenos “al otorgamiento de una auténtica tutela judicial efectiva que exige a los jueces la intervención, examen y resolución perfectamente individualizada y motivada en relación con el concreto y particular asunto objeto de controversia, y este estudio pormenorizado ha de traducirse necesariamente en criterios de calidad y atención individualizada, incompatibles en ocasiones con únicas referencias cuantitativas...”.

Estas tachas han sido superadas por el vigente Reglamento 2/18 en el decir de las sentencias de la sección sexta de la sala tercera del Tribunal Supremo de 8 y 9 de julio de 2020. Para llegar a esta afirmación nos describe el método de individualización de los objetivos aplicables a cada destino seguido. A tal fin –indica la de 8 de julio– el Reglamento agrupa los juzgados y tribunales por órdenes jurisdiccionales y atiende dentro de ellos al contenido material de sus competencias y, después, a la naturaleza procesal y categoría de materias de los distintos asuntos que se resuelven atribuyendo un valor representativo del tiempo medio de resolución que se asigna a cada tipo de resoluciones, de modo que para alcanzar el cien por cien del objetivo, la suma de valores representativos de tiempos de cada resolución debe coincidir con el correspon-

diente al número de horas laborables anuales, cifrado en 1,650), si bien inciden en el objetivo de rendimiento exigible en cada destino las licencias, permisos y reducciones de jornada de cada juez.

La cualidad de productivista –añade la primera de estas sentencias– no ha sido la *ratio decidendi* de las sentencias del año 2006. La segunda, la de 9 de julio, va más allá cuando indica que aquellas reprochaban no tanto el criterio de productividad cuantitativa, sino que este sea básicamente el criterio para fijar las retribuciones variables, descuidando ese mínimo indispensable para satisfacer la tutela judicial efectiva, pero tal censura no cabe ahora por cuanto tanto la Ley 15/2003 como el Anexo I del Reglamento ofrecen pautas para conjugar el criterio de la productividad con el de la calidad y motivación.

Esta afanosa idea *taylorista* del Reglamento ha sido duramente criticada⁷ y quizá pueda venir abonada también por el hecho de que, pese a que el artículo 403 LOPJ no lo impida, queden sin embargo franjas de rendimiento acreditado exentas de remuneración. Por ejemplo, para todos aquellos que, llegando al ciento por ciento, no alcancen el ciento veinte.

La carencia de reglamento no ha impedido que entre los años 2006 y 2018 se percibieran la variable gracias a un acuerdo logrado el día 27 de noviembre de 2007 entre las asociaciones judiciales y el Ministerio de Justicia, a cuyo tenor “[se] Abonará una cantidad equivalente al 5% de las percepciones brutas fijas, para todos aquellos Jueces y Magistrados que, durante el primer semestre de 2006, alcanzaron el 120% de los rendimientos ordinarios establecidos. Y una cantidad equivalente al 3% de las percepciones brutas fijas, para todos aquellos Jueces y Magistrados que, durante el primer semestre

⁷ DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, *Juzgar a destajo*, Thomson Reuters, 2009.

de 2006, alcanzaron el 100%, y no llegaron al 120% de los rendimientos ordinarios establecidos”. Los rendimientos ordinarios venían referidos, sin embargo, a los fijados en el Reglamento declarado nulo.

1.3. Cuantías

La independencia económica no se cumple sólo con establecer unos calificativos básicos, sino que “el hecho de que éstos perciban un nivel de retribuciones en consonancia con la importancia de las funciones que ejercen constituye una garantía inherente a la independencia judicial”. (Epígrafe 45 de la Sentencia TJUE (Gran Sala) de 27 de febrero de 2018, cuestión prejudicial planteada por el Supremo Tribunal Administrativo de Portugal sobre una demanda de la “Asociación sindical de jueces portugueses”).

La disposición adicional primera de la Ley 15/2003 preveía una actualización anual de las cuantías de los diferentes conceptos retributivos de acuerdo con lo establecido en los Presupuestos Generales del Estado para el conjunto del sector público estatal a partir del ejercicio económico 2003. Y, además, al objeto de facilitar la adecuación periódica de las retribuciones de los miembros de las carreras judicial y fiscal a los fines establecidos en esta ley, se constituye una comisión formada por tres representantes del Ministerio de Justicia y tres del Ministerio de Hacienda, designados por los titulares de los departamentos respectivos, y tres representantes del Consejo General del Poder Judicial, designados por el Pleno de este, y un representante de la Fiscalía General del Estado. Asimismo, participan en este órgano tres representantes de las asociaciones profesionales de las carreras judicial y fiscal. La comisión se reunirá quinquenalmente al objeto de elevar al Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, propuestas de revisión de las retribuciones adecuadas a los principios contenidos en esta ley. También se

establecía la actualización de los grupos de población en función de las variaciones de los padrones municipales.

Pues bien, esas reuniones quinquenales o bien no han tenido lugar o han sido meramente formales porque es lo cierto que se desconoce la elevación al Gobierno de propuesta alguna. Así lo han entendido las Asociaciones judiciales en la carta que dirigen al Ministerio de Justicia el de 21 de febrero de 2021: “La Mesa de Retribuciones prevista en la disposición adicional primera de la Ley 15/2003, de 26 de mayo, reguladora del régimen retributivo de las carreras judicial y fiscal, no ha cumplido con el deber legal de revisar quinquenalmente la revisión de las retribuciones adecuadas a los principios contenidos en esta ley de retribuciones, frustrando su efecto útil”⁸.

Fruto de esta dejación de funciones ha sido el deterioro constante de los sueldos. Esta realidad viene avalada por el “Estudio sobre régimen retributivo de la Carrera Judicial” efectuado por los órganos técnicos del CGPJ, del que tomó conocimiento la Comisión Permanente el día 10 de julio de 2018 al tiempo que acordó comunicarlo a las asociaciones judiciales⁹. Conforme a este análisis, los jueces y magistrados han perdido un promedio de poder adquisitivo del 14,07% entre los años 2010 a 2018, con la circunstancia de que quienes más han perdido, un 15,09%, han sido los jueces recién ingresados –grupo quinto de población–. La Asociación de Fiscales en su reciente estudio económico sobre la pérdida de poder adquisitivo de las retribuciones de la Carrera Fiscal de enero de 2022 la calcula entre los años 2008 a 2018 en 22,16% para los sueldos; en un 17,31% para el complemento de destino de los grupos

⁸ Página web de la Asociación Profesional de la Magistratura.

⁹ Página web del Consejo.

de población 1 a 4, y del 12,78% para los del grupo cinco; y en un 18,32% para el pago de las guardias¹⁰.

Si nos referimos a los jueces, el importe por el servicio de guardia semanal es de 134,14 euros brutos. Si se divide ese importe por el número de días, da la cifra de 19,16 euros al día. Basta dividir ese importe por 24 horas para obtener la cifra de ¡0,79 céntimos la hora!¹¹.

Los citados informes del CGPJ ponen de manifiesto también que la suma asignada a la productividad apenas alcanzó entre un 1,50 y un 1,82 en los ejercicios 2012 a 2017. Muy lejos, por tanto, del importe máximo del 5% de la cuantía global de las retribuciones fijas –sueldo, trienios, complemento de destino, complemento específico y pagas extraordinarias– de la Carrera Judicial prevista en el artículo 9.3 de la Ley 15/2003.

La única subida ajena al índice de precios al consumo producida desde el año 2003 es la que tuvo lugar con la equiparación, a lo largo de tres años, de las pagas extraordinarias a las ordinarias que comenzó a operar con la ley 2/2008 de presupuestos generales del Estado del año 2008 para el año 2009 como consecuencia del acuerdo alcanzado entre las asociaciones judiciales y el Ministerio de Justicia el día 4 de marzo de 2008. Así el artículo 22.3 prescribía: “Estos aumentos retributivos se aplicarán al margen de las mejoras retributivas conseguidas en los pactos o acuerdos previamente firmados por las diferentes Administraciones Públicas en el marco de sus competencias”. Basta con comparar los respectivos anexos X de los presupuestos de 2008 y 2009 para observarlo.

¹⁰ Página web de la Asociación de Fiscales.

¹¹ Juez PINTO PALACIOS, Fernando, *Confitegal* 23-4-18.

Lo anterior es compatible con que, en términos relativos, los sueldos de los jueces españoles estén a la altura de los de nuestro entorno. La comparación con el sueldo medio bruto nacional nos la ofrece la Comisión Europea para la eficiencia de la Justicia (CEPEJ) del Consejo de Europa en su informe de 2020 sobre datos de 2018, página 67. Compara, en términos brutos, el salario nacional medio tanto con la remuneración de un juez de ingreso como con la de un magistrado de los respectivos tribunales supremos. Esta segunda comparación no nos sirve por la razón ya apuntada de que los salarios de los magistrados de nuestro Tribunal Supremo no se rigen por los criterios generales y distan mucho de los del resto de la carrera. En España el salario de un juez de ingreso multiplica por 2,1 el salario medio, igual que en Portugal, pero en una proporción superior se encuentran 19 países. A modo de ejemplo, sin incluir al Reino Unido cuyos criterios de selección judicial son bien distintos, en Dinamarca, por 3,4; en Irlanda, por 3,1. En cambio, en Italia, por 1,9; en Francia, por 1,3; o en Alemania, por 0,9.

Por último, parece necesario compensar el grave deterioro económico de los jueces cuando se jubilan a los 70 años, salvo que se pida prolongación hasta los 72, dado que el máximo legal general determina una pensión de jubilación muy distante de la que correspondería por el importe y tiempo de cotización, pese al porcentaje anual adicional por cada año más de servicio, si se continúa en activo a partir de los sesenta y cinco años (disposición adicional vigésima quinta de la LO 7/2015. Las fórmulas pueden ser diversas: un incremento directo, una indemnización por cese, o una mejora del nivel complementario a través de los planes de pensiones.

2. Régimen disciplinario

2.1. Introducción

Como es bien conocido, la regulación de un régimen legal destinado a dotar de efectividad a la exigencia de responsabilidad los jueces no cristaliza hasta la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 y viene de la mano de la exigencia de motivación de las resoluciones, del principio de inamovilidad judicial y de la inserción del juez en un aparato administrativo. Comienza a fraguarse con la elaboración del Estatuto Real que, en materia de justicia trazó cuatro objetivos: la reforma penal y se procedimientos, la regulación de la responsabilidad y de la inamovilidad de la magistratura, la fundamentación de los fallos y un reglamento provisional de organización judicial¹².

En un primer momento la inamovilidad se confunde con la propiedad del puesto que se ocupaba, del que se tenía una concepción patrimonial y de aquí que sólo por sentencia se pudiera privar del cargo con la consiguiente indemnización. Ahora bien, al mismo tiempo, un factor clave determinante del nombramiento judicial era la adscripción política del candidato, su adhesión a los postulados gubernamentales, luego la inamovilidad no se concebía como un axioma al servicio de la independencia judicial, sino como un mecanismo tendente a la consolidación de jueces adeptos que ayudaran a implantar las nuevas ideas liberales. Pero el poder ejecutivo no iba a desprenderse de sus prerrogativas y privilegios en defensa de sus intereses, luego la separación de los jueces por el Ministerio de Justicia era algo habitual y así la amovilidad se hizo norma. Si la adscripción política de los jueces, por encima de sus méritos, capacidades y ha-

¹² SOLLA SASTRE, María Julia, *La discreta práctica de la disciplina*, Congreso de los Diputados, 2011, página 34.

bilidades jurídicas, se convierte en el factor determinante de su nombramiento y cese, el sistema se encuentra desestabilizado por el flujo constante de reincorporaciones y separaciones: carlistas, liberales isabelinos moderados, progresistas, demócratas, republicanos, etc. Como decía Joaquín Francisco Pacheco, “La afición política como requisito de la magistratura en un contexto de circunstancias políticas cambiantes imposibilitaba de raíz su implantación”¹³.

Era incluso frecuente que los jueces simultanearan su función con la de diputados en Cortes. Citados son los casos de Manuel Antonio Caballero del Pozo, magistrado del Tribunal Supremo y diputado por Salamanca, o José María Huet y Allier, magistrado de la Audiencia de Oviedo y diputado por Cádiz y Huelva¹⁴. Claro que los vigentes artículos 351-e) y f) y 355 de la LOPJ de 1985, en la redacción que les confiere la LO 12/2011, de 22 de septiembre, permite lo que se han denominado “puertas giratorias”; esto es, pasar de la política a la judicatura sin solución de continuidad: el plazo de toma de posesión es de 20 días con un simple deber de abstención en cualesquiera asuntos en los que sean parte partidos o agrupaciones políticas, o aquellos de sus integrantes que ostenten o hayan ostentado cargo público.

Todavía en época tan tardía como durante la tercera guerra carlista, vigente ya la LOPJ de 1870, en aplicación de sus artículos 141 a 143, el gobernador civil, por razones políticas, podía proponer la destitución del presidente de una Audiencia en tanto en cuanto que este ejercía sus funciones administrativas como delegado del gobierno en el seno del tribunal¹⁵.

¹³ Citado en la obra antes mencionada.

¹⁴ Obra citada, pág. 47.

¹⁵ Obra citada, págs. 525 y 526.

Para el cumplimiento de su cometido –resolución de un conflicto con arreglo a la Ley mediante una resolución motivada– el juez precisa no sólo de códigos sustantivos y de leyes procesales en que apoyar sus resoluciones sino también de un aparato burocrático del que servirse y que está creado y mantenido por la administración ministerial. Y estas son las dos fuentes de responsabilidad que manan en un primer momento.

En el último tercio del siglo XIX las ideas antes enunciadas habían madurado lo suficiente como para permitir su plasmación legislativa en la non nata constitución de 1869, en la Constitución de 1876 y en el Ley Provisional del Poder Judicial de 1870, al tiempo que se desarrolla una ingente tarea de codificación.

El artículo 80 de la Constitución de 1876 se expresaba de forma rotunda: “Los magistrados y jueces serán inamovibles y no podrán ser depuestos, suspendidos ni trasladados sino en los casos y en la forma que prescriba la ley orgánica de Tribunales”.

Art. 6.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 establecía la independencia judicial frente al poder ejecutivo; el artículo 9º, su inamovilidad. Y su Título IV establecía las causas y procedimientos de destitución, ya por sentencia, ya por vía gubernativa-disciplinaria por real decreto del Consejo de Ministros, previa consulta al Consejo de Estado, refrendado por el ministro de Gracia y Justicia. Eran los límites al principio de inamovilidad como sustrato de la independencia judicial; inamovilidad definida en su artículo 222 como el derecho de los jueces y magistrados a no ser destituidos, suspensos, trasladados ni jubilados sino por algunas de las causas que en ella se expresan.

Por primera vez la LOPJ de 1870, en su Título XIX, regulaba la jurisdicción disciplinaria con enunciado de las causas que la originan, si bien de una manera genérica y flexible, de modo que fuera

posible subsumir en ellos otros comportamientos que no estuvieran expresamente contenidos en ellos. Se llenaba así el principio de legalidad, pero no los de tipicidad ni seguridad jurídica.

En general los motivos de infracción disciplinaria se movían en la franja que media entre el ilícito penal y la transcendencia pública de la conducta, porque no eran sancionables ni aquellos actos tipificados como infracción penal ni las conductas “indecorosas” de la vida privada del juez que no se hubieran manifestado públicamente. Su finalidad era, por un lado, mantener a cada juez, en su calidad de funcionario, dentro de los límites correspondientes a su puesto en la jerarquizada organización administrativa, y, por otro, salvaguardar la buena imagen, en aquel entonces, del ministerio sobre el que gravitaba toda la organización judicial.

Se dirigían también a preservar lo que hoy denominaríamos imparcialidad objetiva del juez, estrechamente vinculada con su independencia, en la medida en que castigaba la vulneración de los deberes relativos a la abstención de actividades políticas (art. 733) o la violación de las incompatibilidades, considerando el incumplimiento de éstas últimas como renuncia al cargo que desempeñaren (art. 120) o imponiendo la sanción de traslado forzoso, previa suspensión (art. 230). Sólo podían promover las correcciones disciplinarias los presidentes de los tribunales a quienes correspondiere la jurisdicción disciplinaria en el caso que sea objeto de ella y los fiscales de los mismos tribunales.

En definitiva, confiere rango legal a las causas que excepcionan la inamovilidad y a las que rigen la responsabilidad disciplinaria en general, de modo que limita la arbitrariedad y sustrae competencias al poder ejecutivo.

Así podemos concluir que la LOPJ de 1870 ampara la inamovilidad –en principio para los jueces ingresados por oposición y de-

finitivamente para todos tras el Real Decreto de 24 de septiembre de 1889–, independencia e imparcialidad, tanto subjetiva como objetiva, de los jueces y su ineludible correlato de responsabilidad porque previamente ha establecido un sistema apolítico de ingreso en la carrera judicial, por oposición, mediante exámenes públicos con ejercicios y tribunal predeterminados (arts. 80 y ss.), creando así un juez técnico¹⁶ conecedor y aplicador de todo un conjunto de normas; y porque ha construido una organización jerarquizada y una planta, dotando a cada juzgado, audiencia o tribunal de personal y medios, dando lugar a un juez profesional, funcionario de carrera, que puede ocupar diversos destinos y ascender en función de su *cursus honorum* porque se encuentra sujeto de modo permanente a la organización administrativa que le sirve de sustento instrumental y cuyo vigor es imprescindible para la eficacia

Adquiere entonces todo su sentido la bien conocida frase del ministro de Gracia y Justicia, autor de la Ley, cuando en su discurso con ocasión de la apertura del año judicial insistía: “La inamovilidad sin la responsabilidad es la tiranía del poder judicial. La responsabilidad sin la inamovilidad es la arbitrariedad el poder ejecutivo. La inamovilidad sin la responsabilidad es la absorción en el poder judicial de todo derecho individual y social. La responsabilidad sin la inamovilidad es la ineficacia del derecho en su aplicación a los actos de la vida...Desde hoy los magistrados y jueces tienen la seguridad de no ser arbitraria e injustamente suspendidos en sus fun-

¹⁶ Preámbulo de la Constitución de 1869: “Se trae a las Cortes Constituyentes la Ley de Organización Judicial, que consigna los principios de inamovilidad y responsabilidad, y adopta las medidas oportunas y necesarias para que una y otra no puedan falsearse y establece al propio tiempo las reglas conducentes para que en lo sucesivo desempeñen los cargos judiciales, no los aptos, sino los más aptos; no los dignos, sino los más dignos”.

ciones, trasladados ni depuestos. Pero desde hoy también empiezan a responder de todos sus actos, de una manera eficaz y severa, como hasta lo presente no ha sucedido. Grandes son las garantías que se le otorgan, grandes son también los deberes que contraen, y de cuyo cumplimiento se les habrá de exigir estrecha cuenta”.

2.2. Constitución Española. Ley Orgánica del Poder Judicial. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950. Tratados de la Unión. Jurisprudencia

Si en un Estado –es axiomático– no existe un poder judicial independiente (independencia que se predica de todos y cada uno de los jueces y magistrados integrantes del poder judicial) entonces lo que no hay es Estado de Derecho, pieza esencial, como es sabido, de un Estado auténticamente constitucional (STC 37/2012, FJ 5 y 58/2016, FJ 4).

La Unión se compone de Estados que se han adherido libre y voluntariamente a los valores comunes proclamados en el artículo 2 TUE, los respetan y se comprometen a promoverlos. En particular, se desprende del artículo 2 TUE que la Unión se fundamenta en valores, tales como el Estado de Derecho, que son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada, en particular, por la justicia. A este respecto, se ha de señalar que la confianza mutua entre los Estados miembros, y, en particular, sus órganos jurisdiccionales respectivos, se asienta en la premisa fundamental de que los Estados miembros comparten una serie de valores comunes en los que se fundamenta la Unión, como se precisa en dicho artículo [véanse, en este sentido, las sentencias de 24 de junio de 2019, Comisión/Polonia (Independencia del Tribunal Supremo), C-619/18, EU:C:2019:531, apartados 42 y 43 y jurisprudencia citada, y

Asociația “Forumul Judecătorilor din România” y otros, apartado 160 y jurisprudencia citada].

El sistema de responsabilidad judicial legal –disciplinaria, civil y penal– constituye, pues, la garantía de la existencia y pervivencia de un juez europeo (arts. 4bis y 5bis de la LOPJ) inamovible, independiente, sujeto sólo al imperio de la Ley, técnico y profesional, como requisitos ineludibles e indispensables al servicio del Estado de Derecho (art. 1 CE), que impone la constante actualización de la predicada y potencial prevalencia de la Ley a través de la realización del derecho a la tutela judicial efectiva (art 24 CE, 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 47 de la Carta Europea de Derechos). Por eso, si el juez que resuelve no reúne, entre otras, estas características, no estaremos en presencia de un juicio justo o equitativo, del proceso debido. De otra manera, nada aseguraría que los jueces cumplieren su alta función social por la que se les atribuye la calidad de titulares de un Poder del Estado. El Estado democrático de Derecho exige mecanismos de control para que todas las instituciones constitucionales respondan al fin para el que fueron creadas por el soberano Poder Constituyente y el Poder Judicial no es una excepción: tiene encomendada la salvaguarda de los derechos de las personas en tanto en cuanto, a fin de cuentas, la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social (arts. 10.1 CE y 2 de la Carta Europea de Derechos).

Puede afirmarse entonces que la responsabilidad despliega sus efectos tanto en favor del conjunto de la sociedad como en beneficio del juez en cuanto posibilita y consolida un estatus que le permite sujetarse únicamente al imperio de la Ley. “Dado –parágrafo 228 de la sentencia TEDH de 8 de noviembre de 2021 Do-

linsnka-Ficek y Omicecz contra Polonia– el lugar destacado que ocupa el Poder Judicial en los órganos del Estado en una sociedad democrática y la creciente importancia que se concede a la separación de poderes y a la necesidad de salvaguardar la independencia del Poder Judicial (véase Ramos Nunes de Carvalho e Sá contra Portugal, n°55391/13, de 6 de noviembre de 2018), el Tribunal debe prestar especial atención a la protección a los miembros del poder judicial contra las medidas que afecten a su estatuto o carrera que puedan amenazar su independencia y autonomía judicial” (véase Bilgen, parágrafo 58).

La Constitución Española proclama expresamente estos criterios (arts. 117) y además refuerza este conjunto de garantías a través de tres vías: desapodera al poder ejecutivo de toda competencia en materia disciplinaria mediante la creación del Consejo General del Poder Judicial (art. 122); impone con carácter general el principio de legalidad (art. 25) y, en particular, reserva a ley orgánica, la del Poder Judicial, la regulación de esta materia (arts. CE 117, 122 y 127.2).

La independencia opera no sólo en el momento de la decisión (núcleo duro del principio) sino también en la organización de los condicionamientos de su entorno para que la independencia sea efectiva, lo que se ha denominado el halo del principio.

Dado que una de las razones por las que se establece el régimen disciplinario es precisamente la sujeción del juez al aparato burocrático (oficina judicial y Consejo), conviene poner de relieve que las relaciones del juez con la oficina judicial no son ni siquiera aquellas diseñadas por la redacción original de la ley en el año 1985, sino otras bien distintas procedentes de la LO 19/2003. Las normas disciplinarias actuales proceden básicamente de una norma –LO 16/1994– que incluye en el elenco de tipos nuevas conductas que merecen un innegable reproche desde la perspectiva de la relación

de servicio del juez o magistrado y que hasta esa fecha no eran sancionables por falta de una adecuada previsión normativa. En efecto, las faltas muy graves pasan de siete a catorce; las graves, de diez a quince; y las leves se mantienen en cinco¹⁷. Si, como se expone a continuación, el papel del juez en el aparato burocrático es mucho menor, su responsabilidad también lo habría de ser. Así algunas faltas no deberían merecer el mismo reproche, como el retraso en la iniciación o tramitación de un procedimiento, o las ausencias injustificadas de la sede (art. 417.9 y 10; 418.8 y 10; y 419.4 LOPJ), o el incumplimiento de la obligación de elaborar alarde (418.12), dada, además, la proliferación de las nuevas tecnologías informáticas facilitadoras del trabajo a distancia o la obtención de datos estadísticos de forma automatizada (arts. 230 LOPJ).

En efecto, el cumplimiento de sus fines, por medio del derecho prestacional a la tutela judicial efectiva, el Poder Judicial precisa de una organización instrumental, estructurada en términos administrativos, pero que, en modo alguno, por tanto, le ha de resultar ajena al juez y cuya eficacia exige que este se inserte en ella de forma eficiente y proactiva y si así no lo hiciera, incurriría en responsabilidad porque estaría obstaculizando el funcionamiento de un servicio público. Por eso el juez –principio ético 4 de los aprobados por el CGPJ– tiene el deber de reclamar de los poderes públicos unas condiciones objetivas de trabajo adecuadas para el ejercicio independiente y eficaz de sus funciones. Esta organización instrumental viene determinada por la oficina judicial y por el Consejo General del Poder Judicial a quien, por tanto, también incumbe velar por esas condiciones objetivas.

¹⁷ REQUERO IBÁÑEZ, José Luis, “Responsabilidad disciplinaria de los jueces y magistrados. Análisis de la Ley orgánica 16/1994, de 8 de noviembre”, *Actualidad Administrativa* n° 27/ 3-9, julio 1995.

Por lo que hace a la oficina judicial, la exposición de motivos de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, por la que se reforma la del Poder Judicial en línea de principio indica: “El nuevo modelo de Oficina judicial arranca con el propósito claro de que su funcionamiento garantice la independencia del poder al que sirve, conjugando al tiempo y sin merma alguna de lo anterior, una adecuada racionalización de los medios que utiliza. A fin de armonizar estos objetivos, en el plano exclusivamente organizativo, se define la Oficina judicial como la organización de carácter instrumental, que de forma exclusiva presta soporte y apoyo a la actividad jurisdiccional” (Art. 435 de la LOPJ).

Pero, al mismo tiempo, modifica su artículo 165 restándole competencias al juez, que las pierde en cuanto a la dirección e inspección de todos los servicios, sin establecer mecanismo alguno que garantice esa función instrumental de la oficina. Esta reducción sirvió de base, por ejemplo, a la autoridad gubernamental para intentar reducir la competencia inspectora del Consejo, lo que obligó a este a emitir su acuerdo plenario de 3/11/2016 en defensa de sus atribuciones constitucionales bajo el título “Sobre la competencia de inspección del Consejo, los presidentes, los jueces, su alcance, ámbito y manifestaciones”. Otro tanto cabe decir de las denominadas “resoluciones procesales no jurisdiccionales” sin la garantía de la tutela judicial efectiva, sustrayendo al juez cuestiones relevantes en el marco del proceso, hasta que tal desviación legal ha sido atajada por el Tribunal Constitucional (STS TC 58/2016, de 18 de marzo, 151/2020, de 22 de octubre, 136/2021, de 29 de junio, etc.).

Las normas posteriores, con un constante y correlativo aumento de la intervención gubernamental, continúan del mismo modo restando competencias al Poder Judicial. Por ejemplo, en materia tan delicada como las cuestiones informáticas que tanto

condicionan así el curso del proceso como las propias resoluciones a través de la inteligencia artificial. Este es el camino del artículo 230 de la LOPJ cuya redacción original establecía que los programas y aplicaciones informáticos que se utilicen en la Administración de Justicia deberán ser previamente aprobados por el Consejo General del Poder Judicial, quien garantizará su compatibilidad; en cambio, en su actual redacción conferida por la LO 4/2018, de 28 de diciembre, tal función se atribuye a un organismo administrativo, el Comité Técnico Estatal de la Administración de Justicia Electrónica, en la que la presencia del Consejo se diluye entre las Comunidades Autónomas con materia de Justicia transferida y el Ministerio del ramo. Otro tanto cabe decir sobre el anteproyecto de Ley de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia en sus artículos 35-K y 56 a 58. El nombre mismo del proyecto ya nos indica la creciente utilización de conceptos propios del Derecho administrativo para justificar la injerencia gubernamental –central o autonómica– en el procedimiento judicial que, no es anecdótico, pasa a llamarse expediente judicial electrónico. En su seno, la autoridad gubernativa administradora y depositaria del expediente puede –a partir de lagos de datos extraídos de los procesos y por medio de inteligencia artificial con el uso de algoritmos cuya objetividad y carencia de sesgo no se puede asegurar– realizar concretas propuestas de resolución para cada caso, incluida la sentencia, al juez. Las críticas a estas ideas, desde la perspectiva constitucional de exclusividad jurisdiccional y tutela judicial efectiva, pueden leerse en el informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial el día 24 de febrero de 2022 (Portal de Transparencia. Informes).

El instrumento –oficina, aplicaciones informáticas, policía judicial, etc.– sin plenas garantías de neutralidad, mediatiza no sólo la forma de ejercer la jurisdicción, sino incluso su resultado.

Así lo entiende la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 8 de mayo de 2015: “...Parece subyacer a este argumento un planteamiento del todo equivocado, cual es que la tramitación procedimental de los pleitos no se incluye en la cláusula del artículo 117.3, que, recordemos, dispone que “el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes”. Pero tal planteamiento no es acertado, porque la potestad de juzgar no puede entenderse restringida al momento procesal de resolver el litigio en la decisión que le pone término, sino que se extiende con toda evidencia a la tramitación procesal que precede a esa decisión. Dicho de otro modo, la tramitación procesal no es en modo alguno ajena a la función jurisdiccional”.

Por todo ello, los órganos encargados de velar por la independencia judicial, especialmente el Consejo, reforzando su legitimidad de ejercicio, deben estar atentos a esta nueva realidad, por más que la participación de los jueces en la designación de sus vocales sea, tras la singladura iniciada en el año 1985, poco menos que rituaría, porque, en términos sustantivos, como se ha expuesto, la manquera del arado ya no se encuentra en manos de quien debe trazar y abrir el surco. Así lo entiende la conclusión tercera del dictamen N° 24, de 5 de noviembre de 2021, del Consejo Consultivo de Jueces Europeos: “El Consejo de Justicia debe disponer de recursos jurídicos eficaces para salvaguardar su autonomía y cuestionar la legalidad de los actos públicos que le afecten a él o al poder judicial. Los Consejos de Justicia deben tener legitimación activa ante los tribunales nacionales e internacionales”.

2. 3. Órganos encargados de aplicar el régimen disciplinario

La Constitución encomienda la gestión del régimen disciplinario, salvo para la imposición de sanciones menores, al Consejo General del Poder Judicial (art. 421 y 560.1. 7^a y 21^a, 595.2 de la LOPJ regulación introducida por la LO 4/2013) que lo aplica por medio del Promotor de la Acción Disciplinaria, de la Comisión Disciplinaria, de la Comisión Permanente y del Pleno (art. 599.1-10^a y 11^a) así como del Servicio de Inspección.

La LO 7/2015, de 21 de julio, modifica, entre otros de la LOPJ, el 416.2, sobre régimen de prescripción de las faltas; el 417.5, sobre la consecuencia disciplinaria de la condena por responsabilidad civil; y el 420.2, sobre los tipos de sanción en función de la gravedad de la falta.

A su vez, la reforma llevada a cabo por la LO 16/ 1994, de 8 de noviembre, deroga la denominada responsabilidad disciplinaria procesal o jurisdiccional, ejercida por los tribunales en vía de recursos procesales, contenida en las leyes de enjuiciamiento civil y criminal, y mantenida por la sentencia del Tribunal Constitucional 110/1990, de 18 de junio¹⁸.

A diferencia de lo que sucede con otras instituciones, la composición plural del órgano sancionador ya sea el Consejo en sesión plenaria ya lo sea en comisión disciplinaria, y la transparencia –cualquiera puede acceder a toda clase de datos, salvo a los vedados por ley, sobre expedientes disciplinarios y diligencias informativas a través del portal de transparencia– denotan la falta de corporativismo y el rigor con que se aplica el régimen disciplinario.

Sobre este particular conviene recordar unas palabras de Francisco Tomás y Valiente, catedrático de Historia del Derecho

¹⁸ DELGADO DEL RINCÓN, Luis Esteban, *Constitución, poder judicial y responsabilidad*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 213 y ss.

por la Universidad de Salamanca y presidente del Tribunal Constitucional asesinado por ETA en febrero de 1996: “la responsabilidad de los jueces se discute y exige y, en su caso, impone por otros jueces. Es razonable que así sea para no poner en riesgo la independencia. Pero unos jueces demasiado protegidos pueden incurrir en un exceso de confianza que debiera ser corregida por actuaciones enérgicas hasta ahora infrecuentes”.

Ya no lo son, al menos si los comparamos con otras instituciones cuyos datos resulten conocidos. Durante el año 2020, últimos datos disponibles en la memoria del Consejo aprobada en 2021, la Comisión Disciplinaria dictó veintidós resoluciones, cinco de archivo, dieciséis sancionatorias y una de suspensión provisional; el Promotor incoó 576 diligencias informativas y 28 expedientes, y el Pleno dictó una de separación de servicio. Sobre cifras comparativas puede verse¹⁹.

Al promotor de la acción disciplinaria (PAD), sucesor de los inspectores delegados nombrados para cada caso, y con algunas competencias antes residenciadas en el servicio de inspección, corresponde ahora la recepción de quejas y denuncias sobre el funcionamiento de los órganos judiciales, así como la iniciación e instrucción de expedientes disciplinarios, así como la presentación de los cargos ante la Comisión Disciplinaria. Es nombrado, tras convocatoria pública, por el Pleno entre magistrados del Tribunal Supremo y magistrados con más de veinticinco años de antigüedad en la carrera judicial y su mandato coincide con el del Consejo que lo nombró. Está asistido por letrados con dependencia funcional exclusiva

¹⁹ PERALTA GUTIÉRREZ, Alfonso, “El bulo del corporativismo y la endogamia judicial. Comparativa entre profesiones jurídicas”. Web Asociación Profesional de la Magistratura.

del promotor. Sólo podrá ser cesado por incapacidad o incumplimiento grave de sus deberes, apreciados por el Pleno mediante mayoría absoluta (arts. 605 a 607, introducidos por la LO 4/2013, de 28 de junio). El promotor de la acción disciplinaria –en el decir de la exposición de motivos de norma– no es propiamente un órgano del Consejo General del Poder Judicial, sino un cargo subordinado al mismo. Su inactividad puede ser corregida por la Comisión Permanente, que, de oficio o a instancia de parte, puede ordenarle la incoación o la prosecución de un procedimiento disciplinario. Los jueces y magistrados están obligados a colaborar con el promotor de la acción disciplinaria. El promotor podrá requerir la presencia del juez o magistrado expedientado, por conducto del presidente del correspondiente Tribunal, quien deberá emitir informe en el que se acredite la cobertura del servicio, a fin de que el Consejo General del Poder Judicial pueda otorgar al juez o magistrado comisión de servicios para realizar el desplazamiento requerido. Frente a la decisión del promotor de la acción disciplinaria de no iniciar expediente disciplinario o de archivar uno ya iniciado se podrá interponer recurso ante la Comisión Permanente. Si la Comisión Permanente estimare el recurso, se iniciará o continuará el expediente disciplinario de que se trate. La Comisión Permanente también podrá, de oficio, ordenar al promotor de la acción disciplinaria la iniciación o continuación de un expediente disciplinario.

Como se observa, aunque su posición se encuentra especialmente protegida para mantener su imparcialidad en el seno del Consejo, su estatuto no es exactamente el de un juez instructor ni tiene por qué serlo, porque las garantías procesales constitucionalizadas en el art. 24.2 CE son de aplicación al ámbito administrativo sancionador en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que

garantiza el art. 9 de la Constitución. Una de las modulaciones con las que se proyecta el derecho al proceso con todas las garantías se han de resaltar las relativas a la de imparcialidad, pues ésta no puede predicarse de la Administración sancionadora en el mismo sentido que respecto de los órganos judiciales—especialmente en las infracciones de autoprotección—, ni impone las mismas reglas a la actuación de la Administración (STC 2/2003, de 16 de enero). No obstante, las normas relativas a la abstención y recusación establecidas en los artículos 28 y 29 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común serán de aplicación al promotor (instructor delegado y al secretario del expediente disciplinario). (art. 425bis de la LOPJ).

A la Unidad de Atención Ciudadana, dependiente del Promotor, le corresponde la tramitación de todas aquellas quejas y denuncias sobre el funcionamiento de los órganos judiciales en las que, de constatarse determinada realidad fáctica, procedería la apertura de un expediente disciplinario.

La figura del Promotor ha resultado beneficiosa en tanto en cuanto profesionaliza la instrucción, coordina los criterios de actuación y garantiza la eficacia y transparencia de la función instructora sin merma de la debida protección de datos, frente a la dispersión anterior y la falta de medios de los jueces delegados instructores. Como ejemplo baste con indicar que en el año 2014 la media, en días, de duración de un expediente era de 128,5, frente a los 48,50 del año 2018.

Una de las mayores innovaciones recogidas en este texto es la transformación de la Comisión Disciplinaria, de tal forma que el procedimiento disciplinario debe dejar de ser sustancialmente inquisitivo... Ello supondrá una saludable introducción del principio acusatorio en el procedimiento disciplinario. En este esquema, la Comisión Disciplinaria es sólo

un ‘tribunal’; es decir, se limita a juzgar los procedimientos disciplinarios por infracciones graves y muy graves, así como a imponer las sanciones pertinentes. La composición de la Comisión Disciplinaria –que debería estar servida por las mismas personas a lo largo de los cinco años de cada Consejo, para profesionalizar el órgano– refleja la proporción del Pleno: tres de sus miembros deben ser Vocales que hayan sido elegidos por el turno de juristas de reconocida competencia y cuatro Vocales elegidos por el turno judicial (Exposición de motivos de la LO 4/2013).

Son competentes para la sanción de advertencia, el presidente del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia, a los jueces y magistrados dependientes de los mismos y para la sanción de multa o de advertencia y multa correspondiente a faltas leves, las Salas de Gobierno del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia respecto a los jueces y magistrados dependientes de cada una de ellas; el Pleno, para la resolución de aquellos expedientes disciplinarios en los que la propuesta de sanción consista en la separación de la carrera judicial; la Comisión Disciplinaria, para resolver los expedientes disciplinarios incoados por infracciones graves y muy graves e imponer, en su caso, las sanciones que correspondan a jueces y magistrados, con la sola excepción de aquellos supuestos en que la sanción propuesta fuere de separación del servicio. Las decisiones de la Comisión disciplinaria son recurribles en alzada ante el Pleno. Las resoluciones del Pleno lo son ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. Debemos tener presente que los acuerdos del Pleno y de la Comisión Permanente ponen fin a la vía administrativa y su conocimiento corresponde a una sección integrada por el presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que la presidirá, y por los demás presidentes de sección de dicha Sala (Art. 638. LOPJ y regla segunda de las normas de reparto).

Como órgano técnico, no decisorio, (artículos 171, 176, 177, 602 y 615.1, entre otros, de la LOPJ y artículo 117 del Reglamento 1/1986, de 22 de abril, de Organización y Funcionamiento del CGPJ) encargado de conocer los asuntos que hayan de conocer el Pleno y las comisiones, se encuentra el Servicio de Inspección a través del cual se ejerce la alta inspección de los tribunales y se supervisa y coordina la actividad inspectora ordinaria de los presidentes y salas de Gobierno de los Tribunales, excepto la inspección del Tribunal Supremo, ejercida por su presidente o, por delegación, por el vicepresidente (Vieja aspiración de los magistrados del Tribunal Supremo, ya expresada desde el año 1996 en el “Borrador de Anteproyecto de modificación de determinados preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley de Demarcación y Planta Judicial en relación con el Estatuto de los Magistrados el Tribunal Supremo”).

El jefe del Servicio de Inspección será nombrado y separado en la misma forma que el promotor de la acción disciplinaria. Integrarán, además, el Servicio de Inspección el número de magistrados y letrados de la Administración de Justicia que determine el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial. Su instrumento fundamental son las visitas de inspección –presenciales o telemáticas– cuyo objeto comprenderá tanto el análisis de cada órgano judicial y de la actividad desplegada por cuantos funcionarios lo integran o lo hayan integrado como, en su caso, el examen de concretas y particulares actuaciones, en los términos previstos en la LOPJ.

La importancia de este servicio deriva del hecho de que tal como está configurada legalmente la función de la Inspección va dirigida a la comprobación y control del funcionamiento de la Administración de Justicia. Por eso la Inspección no carece de margen

de actuación ante una eventual insuficiencia en la actividad jurisdiccional del órgano inspeccionado. Si así lo constata puede reflejarlo en el acta que se extienda, y puede hacer sugerencias sobre posibles vías para corregir las distorsiones apreciadas. Puede también disponer una actividad de seguimiento para verificar si el titular del órgano judicial enmienda la situación detectada de forma adecuada. Puede incluso promover por los cauces pertinentes la indagación de eventuales responsabilidades disciplinarias o de otro orden ante un incumplimiento o desatención punible. Lo que no puede es impartir órdenes al órgano judicial inspeccionado sobre cuántos señalamientos ha de hacer o con qué periodicidad, porque esa es cuestión que sólo atañe al titular del Juzgado (STS Sala Tercera de 1 de febrero de 2018).

De aquí que, los miembros, entre ellos España, de la Red Europea de Servicios de Inspección de Justicia (RESIJ)²⁰, hayan adoptado el día 25 de junio de 2021 La Carta Europea de Ética Profesional para los Servicios Nacionales de Inspección, aprobada por el Pleno del CGPJ el 21 de julio siguiente, el primero de cuyos enunciados es precisamente el de independencia.

2.4. Separación de poderes y responsabilidad judicial

Esta cualidad esencial del servicio de inspección es predicable de igual manera, como desiderátum, del resto de los Órganos encargados de aplicar el régimen sancionador; esto es, del Consejo. Porque, si la responsabilidad del juez es correlato de su independencia, sólo un Consejo que esté en condiciones de velar por esta de manera rigurosa, reunirá las condiciones idóneas para exigir aquella.

²⁰ Web de la mentada red.

Este, quizá, sea el punto más débil del régimen disciplinario judicial español: lo aplica un órgano constitucional en el que muchos perciben –como consecuencia del origen y nombramiento de sus vocales– un perfil más político que técnico-jurídico, lo que lo convertiría en “un órgano constitucional claramente más sensible y predispuesto a dar curso a quejas o denuncias de relevancia pública o de trascendencia política”²¹.

También lo entienden así el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando aplican, respectivamente, el Tratado de la Unión, su Carta de los derechos fundamentales, o el Convenio de Roma de 1950. Basta con acudir a alguna de sus recientes y coincidentes sentencias. Por ejemplo, con antecedentes en el asunto Guomundur Andri Astraosson contra Islandia, de diciembre de 2020, podemos citar los casos De Xero Flor w Polsce sp.z.o.o. contra Polonia, de 7 de mayo de 2021; Dolinska-Ficek y Omicek contra Polonia, de 8 de noviembre de 2021; Reczkowicz contra Polonia de 22 de julio de 2021; Advance Pharma sp.z.o.o contra Polonia, de 3 febrero de 2022; Grzeda contra Polonia de 15 de febrero de 2022; o la de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión en el asunto C-791, acción de incumplimiento de la Comisión contra Polonia, de 15 de julio de 2021.

La premisa de las sentencias del TJUE viene constituida por la cualidad incuestionable de que los jueces nacionales lo son también de la Unión en tanto en cuanto aplican el derecho europeo, de modo que su idoneidad para prestar el derecho a la tutela judicial efectiva es base de la confianza necesaria para la prevalencia de los valores comu-

²¹ MARTÍN RÍOS, Pilar, citando a diversos autores en “Independencia y responsabilidad disciplinaria judicial. Especial mención a las diligencias informativas”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 118, enero-abril, 2020, pp. 77-108.

nes propios del Estado de Derecho (epígrafes 30 a 43 de la Sentencia TJUE (Gran Sala) de 27 de febrero de 2018, cuestión prejudicial planteada por el Supremo Tribunal Administrativo de Portugal sobre una demanda de la “Asociación Sindical de Jueces Portugueses”).

La trascendencia de sus sentencias sobrepasa lo estrictamente jurídico de acuerdo, por ejemplo, con lo establecido en el Reglamento 2020/2092 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2020 sobre régimen general de la condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión²².

El TEDH incluye en las sentencias una abrumadora relación de las instituciones que han declarado que los miembros judiciales de los consejos de la magistratura deben ser elegidos por los propios jueces. Así, además de citar al TJUE, se alude a las recomendaciones de 5 de abril de 2018 del Relator Especial de la ONU, a la recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 17 de noviembre de 2010, al informe de la Comisaria de Derechos Humanos del Consejo de Europa de 28 de junio de 2019, a las resoluciones 2188 (2017) y 2316 (2020) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, a los dictámenes de 11 de diciembre 2017 y 16 de enero de 2020 de la Comisión de Venecia, al dictamen de 23 de noviembre de 2007 del Consejo Consultivo de Jueces Europeos, a los informes del Grupo GRECO, a las recomendaciones de la Comisión Europea de 27 de julio 2016, 21 de diciembre de 2016, 26 de julio 2017 y 20 de diciembre de 2017, a las resoluciones del Parlamento Europeo de 15 de noviembre de 2017 y 17 de septiembre de 2020 o a los informes de la Red Europea de Consejos de Justicia de 16 de agosto de 2018 y 20 de mayo de 2020.

²² Sentencia del TJUE de 16 de febrero de 2022, C-156/21 y C-157/21, desestimatoria de sendos recursos de anulación interpuestos por Hungría y Polonia.

Por lo demás, hemos de tomar en consideración que el artículo 52 de la Carta Europea nos indica que, “en la medida la medida en que contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance han de ser iguales a los que les confiere dicho Convenio, aunque ello no impida que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa”. Esta disposición explica la razón por la que el Tribunal de Justicia de la Unión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se citan recíprocamente como fuente y fundamento de sus resoluciones al conjugar los artículos 6 y 9 del Convenio de Roma; y 2 y 19 del Tratado de la Unión; y 47 de la Carta, como ya se ha indicado.

Este conjunto de resoluciones judiciales nos ponen de manifiesto las ideas básicas sobre esta materia propias de un Estado de Derecho no sólo en la Unión Europea: sólo jueces imparciales e independientes pueden, a través de un juicio justo, prestar tutela judicial efectiva a los ciudadanos para la salvaguarda de sus derechos e intereses legítimos, pero estas garantías implican que los órganos constitucionales encargados de avalarlas no corran el riesgo de ser permeables a las injerencias políticas o partidarias. EL TEDH, en su sentencia de 21 de julio de 2009 (caso Luka contra Rumanía), ya nos indicaba que, para determinar si un tribunal puede considerarse “independiente”, debe tenerse en cuenta, entre otras circunstancias, el modo de nombramiento de sus miembros y su mandato, la existencia de garantías contra presiones externas y la cuestión de si el órgano presenta una apariencia de independencia.

En los Estados con Consejo de la Judicatura, entre otros elementos, el hecho fundamental²³ de que al menos la mitad de sus miem-

²³ Véase en el apartado V la conclusión global del caso Dolinska.

bros no sean jueces elegidos por sus pares suscita dudas sobre su independencia, que, a su vez, se proyectan sobre el nombramiento discrecional de los jueces. Así, la sentencia del caso Reczkowicz se refiere a la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo; la Advance Pharma, a su Sala de lo Civil; la Dolinska, a la de Revisión Extraordinaria y de Asuntos Públicos; y la De Xero Flor, aunque por motivos diferentes, al Tribunal Constitucional; la Grzeda, a la destitución de un miembro del Consejo de la Judicatura, En ningún caso conforman un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley (art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). En cambio, tal circunstancia, por no concurrir en el asunto prueba sobre la relación causal entre la irregular composición del órgano judicial y la afectación del derecho fundamental al proceso equitativo, no ha sido determinante para denegar una orden europea de detención y entrega (ODE)²⁴.

Así podemos leer en la ya citada sentencia TJUE de 15 de julio de 2021 (C-791/19) emitida en un proceso de Acción de incumplimiento instada por la Comisión, apoyada por diversos países entre los que no se encuentra España: “en primer término –parágrafo 104– procede señalar que, tal como ha alegado la Comisión, mientras que a los quince miembros del CNPJ (Consejo Polaco de la Judicatura) elegidos de entre los jueces en el pasado los elegían sus homólogos, la Ley del CNPJ se ha modificado recientemente (año 2017), de manera que, tal como se desprende de su artículo 9 bis, estos quince miembros son actualmente designados por una cámara del Parlamento polaco, con el resultado de que veintitrés de los veinticinco miembros que integran el CNPJ, en esta nueva composición, han sido designados por los poderes ejecutivo y legislativo

²⁴ Véase sentencia TJUE, de 22 de febrero de 2022, en los asuntos acumulados C-562/21 PPU y C-563/21 PPU.

polacos o son miembros de dichos poderes. Pues bien, tales modificaciones pueden dar lugar a un riesgo, hasta entonces inexistente en el marco del procedimiento de elección anteriormente en vigor, de mayor influencia de los poderes legislativo y ejecutivo sobre el CNPJ y de menoscabo de la independencia de este organismo”. Por esta preponderante razón, entre otras, concluye la sentencia en su parágrafo 112: “Habida cuenta de todas las consideraciones expuestas en los apartados 89 a 110 de la presente sentencia, debe declararse que, considerados de forma conjunta, el contexto concreto y las condiciones objetivas en que se creó la Sala Disciplinaria, sus características, así como la manera en que se nombró a sus miembros, pueden suscitar dudas legítimas en el ánimo de los justiciables en cuanto a la impermeabilidad de este órgano frente a elementos externos, en particular frente a influencias directas o indirectas de los poderes legislativo y ejecutivo polacos, y en cuanto a su neutralidad ante los intereses en litigio y, de este modo, pueden dar lugar a una falta de apariencia de independencia o de imparcialidad de dicho órgano susceptible de menoscabar la confianza que la Administración de Justicia debe inspirar en los justiciables en una sociedad democrática y un Estado de Derecho. Tal evolución constituye una reducción de la protección del valor del Estado de Derecho, en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia recordada en el apartado 51 de la presente sentencia”. Concluye entonces que “la República de Polonia ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, al no garantizar la independencia y la imparcialidad de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo”.

Esta sentencia tiene su antecedente inmediato en la de 19 de noviembre de 2019, resolutoria de varias cuestiones prejudiciales acumuladas presentadas por tribunales polacos (jubilaciones a los

65 años o independencia de los miembros de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo. Y en la Resolución Provisional del TJUE (Gran Sala) de 8 de abril de 2020, dictada en este asunto C.791/19 que ordenaba a Polonia suspender de manera cautelar e inmediata la aplicación de las disposiciones que constituyen la base de la competencia de la mentada Sala.

La reacción del Consejo Nacional del Poder Judicial Polaco se produjo de forma inmediata el día 30 de julio de 2021 (se anexa dirección de enlace al comunicado²⁵). Tras rechazar las sospechas de politización derivada del hecho de que 15 de sus miembros fueran nombrados por la cámara baja del Parlamento polaco (Sejm), señala que la sentencia “cuestiona indirectamente la imparcialidad de los jueces en todos aquellos Estados miembros de la Unión Europea donde la selección de miembros de consejos judiciales es, de hecho, una prerrogativa del parlamento (España) o donde tales consejos simplemente no existen (Alemania, Austria, Chequia, Estados escandinavos)”.

Pero la cuestión no reside en la existencia o no de un Consejo, sino en determinar en cada Estado si el sistema elegido por sus normas nacionales garantiza, o no, que, según el conjunto combinado de circunstancias de cada caso, las instituciones encargadas de proteger estos derechos y principios sean impermeables a las injerencias externas, porque existen culturas jurídicas diferentes que establecen diversos mecanismos y técnicas para mantener la separación de poderes inherente a un Estado de Derecho Constitucional avanzado. Así, en su párrafo 252, la sentencia del TEDH de 7 de agosto de 2021 (caso De Xero Flor w Polsce sp.zo.o. contra Polo-

²⁵ <https://krs.pl/files/424/Resolutions-positions-of-the-Council/1093/Position-of-the-National-Council-of-the-Judiciary-of-30072021-on-CJEU-judgment—in-the-case-C-791-19-SPA.pdf>

nia) con cita del caso *Guðmundur Andri Ástráðsson*, § 207, ya nos precave de que, “aunque la noción de separación de poderes entre los órganos políticos de gobierno y el poder judicial ha adquirido una importancia cada vez mayor en su jurisprudencia, no existe un modelo único aplicable a todos los países de selección y nombramiento de jueces; por el contrario el Tribunal reitera que existen en Europa diversos modelos, de modo que el nombramiento de jueces por el poder ejecutivo o por el poder legislativo está permitido en virtud de la Convención, siempre que los nombrados estén libres de influencia o presión en el desempeño de su función judicial. La cuestión es siempre si, en un caso determinado, se cumplen los requisitos del Convenio”. En la misma línea, la sentencia de 6 de mayo de 2003 (caso *Kleyn* y otros contra Países Bajos).

No procede en estas líneas comparar la situación polaca con la española, ciertamente diferentes, según se colige del relato de hechos de las sentencias mencionadas, pero sí se debe poner de manifiesto que el riesgo de politización con la elección de los miembros judiciales por las Cámaras ya fue advertido por el Tribunal Constitucional en el FJ 13 de su sentencia 108/1986, de 29 de julio en estos términos: “Ciertamente, se corre el riesgo de frustrar la finalidad señalada de la Norma constitucional si las Cámaras, a la hora de efectuar sus propuestas, olvidan el objetivo perseguido y, actuando con criterios admisibles en otros terrenos, pero no en este, atiendan sólo a la división de fuerzas existente en su propio seno y distribuyen los puestos a cubrir entre los distintos partidos, en proporción a la fuerza parlamentaria de éstos. La lógica del Estado de partidos empuja a actuaciones de este género, pero esa misma lógica obliga a mantener al margen de la lucha de partidos ciertos ámbitos de poder y entre ellos, y señaladamente, el poder judicial. La existencia –prosigue– y aun la probabilidad de ese

riesgo, creado por un precepto que hace posible, aunque no necesaria, una actuación contraria al espíritu de la Norma constitucional parece aconsejar su sustitución, pero no es fundamento bastante para declarar su invalidez, ya que es doctrina constante de este Tribunal que la validez de la ley ha de ser preservada cuando su texto no impide una interpretación adecuada a la Constitución. Ocurriendo así en el presente caso, pues el precepto impugnado es susceptible de una interpretación conforme a la Constitución y no impone necesariamente actuaciones contrarias a ella, procede declarar que ese precepto no es contrario a la Constitución”.

Traigamos a colación algunos episodios recientes. La falta de entendimiento de las fuerzas políticas para renovar el CGPJ ha generado la ley Orgánica 4/2021, de 29 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para el establecimiento del régimen jurídico aplicable al Consejo General del Poder Judicial en funciones. Esta norma traslada el principio rector de la vinculación del Gobierno al Parlamento –la confianza (arts. 99.2 y 3 de la CE)– a las relaciones entre el poder judicial y el legislativo. Este paralelismo supone una grave mutación constitucional, porque, si los principios de ambas relaciones se consideran análogos, se abren por ley los caminos al predominio de los demás poderes sobre el judicial. Este resultado es justo el que la Constitución quería evitar estableciendo una neta separación de poderes, con un poder judicial, expresamente así denominado, cuyo mandato no coincide en el tiempo con el de una legislatura y cuyos vocales, elegidos originariamente lo judiciales por los jueces, no están sometidos a las técnicas de control propias del parlamentarismo (arts. 563 y 564 de la LOJ). La misma idea subyace en el intento recurrente de rebajar a absoluta la actual mayoría cualificada de tres quintos exigible para seleccionar a los vocales judiciales.

Otro hito importante en este camino de incremento de riesgo de politización lo constituye la excepción a la norma anterior, operada por la LO 8/2022, que permite, por meras razones de oportunidad, al Consejo nombrar exclusivamente a dos magistrados del Tribunal Constitucional y así servir al ejecutivo la posibilidad de nombrar a los dos que le competen, aunque esto no colme las plazas vacantes para cuya provisión se necesita del consenso de las principales fuerzas parlamentarias.

¿Acaso debemos enumerar la lista de presidentes del Consejo General del Poder Judicial cuyo nombre se conocía incluso antes que el de los vocales electores? ¿O debemos olvidarnos de que la parálisis del proceso de renovación de los vocales del CGPJ obedece a la decisiva y exclusiva influencia de las fuerzas políticas en su designación?

2.5. Principios del régimen sancionador

Las matizaciones de las garantías del proceso penal –ya citada sentencia del Tribunal Constitucional 16/2003, de 2 de enero– inciden en distinto grado en el expediente sancionador. Veamos.

El artículo 14 de la Constitución, según la doctrina del Tribunal Constitucional por todas, sentencia 51/2021, de 15 de marzo, en materia de discriminación por razón de discapacidad y reparto de la carga de la prueba rige plenamente en el expediente sancionador en cuyo seno se debe estar especialmente atento a la observancia por parte de la Administración del derecho a los “ajustes razonables”.

El principio de culpabilidad rige de manera absoluta, de acuerdo con la sentencia antes mencionada y todos sus precedentes, o la del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2021. Un ejemplo de la aplicación de su eficacia lo encontramos en los acuerdos del Pleno del Consejo de 27 de febrero y 30 de septiembre de 2020 –recursos

dealzada 439/19 y 114/20, ambos con votos particulares. En el primero se absuelve a la juez sustituta y el segundo se condena a la juez titular por el dictado de providencias de idéntico contenido y en el mismo contexto: petición de fiscalía y confirmación del auto para cuyo cumplimiento se dictaron las providencias que ordenaban en un proceso civil de ejecución la detención de la madre que no entregaba a los niños al padre. La absolución se basa –primer acuerdo en que “en ese contexto, no es apreciable la desatención por omisión de la diligencia judicial necesaria e inexcusable, o por ignorancia inexcusable en el cumplimiento de sus deberes” y se refuerza en el segundo:” los jueces sustitutos no tienen una contrastada formación jurídica como existe en los supuestos de jueces profesionales”. Razonamientos atinentes, pues, al elemento subjetivo del tipo.

Sobre la presunción de inocencia debemos reseñar: “En relación con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), [en el decir de la ya citada sentencia 16/2003 en su fila 10] si bien hemos declarado que en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador rige este derecho sin restricciones (por todas TC SS 170/1990, de 5 de noviembre, FJ 4; 212/1990, de 20 de diciembre, FJ 5), no puede desconocerse que hemos negado la extensión del derecho a la publicidad del proceso al ámbito del procedimiento administrativo sancionador (TC S 2/1987, de 21 de enero, FJ 6) y que hemos admitido la validez como prueba de cargo de los partes de inspección (TC S 170/1990, de 5 de noviembre, FJ 4) o de los informes obrantes en autos (TC SS 212/1990, de 20 de diciembre, FJ 5; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 11), con independencia de que carezcan de presunción de veracidad (TC S 76/1990, de 26 de abril, FJ 8). La admisión de la validez de estas pruebas, en conexión con la inexistencia de la garantía de publicidad en el procedimiento administrativo sancionador, implica que en este no se

proyecta una de las garantías esenciales del derecho al proceso justo y a la presunción de inocencia en el ámbito penal (por todas TC S 167/2002, de 18 de septiembre)”.

También rigen los principios de legalidad, sustantivo y procesal, así como el de tipicidad (STS TC 135/2010, de 12 de diciembre y 144/2011, de 26 de septiembre). En cuanto a ésta última conviene recordar que incluso el preámbulo de la LO16/1994 se admite que no se prescinde, de “indispensables” conceptos valorativos y de ciertos conceptos jurídicos indeterminados declarados compatibles con el principio de tipicidad, tanto por el Tribunal Constitucional (SSTC 62/1982, 69/1989 y 219/1989) como por el Tribunal Supremo, especialmente en el ámbito del derecho disciplinario, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos o de experiencia. También se utiliza la técnica de las normas en blanco.

A modo de ejemplo, entonces, parece relevante llamar la atención sobre el ambivalente término de “desatención” que aparece incluso en cuatro tipos sancionatorios con significados y bienes jurídicos disímiles que van desde una “cuasi prevaricación” imprudente en su configuración jurisprudencial, (art. 417.9 LOPJ STS. TS, 2 de octubre de 2002, 12 de mayo de 2009, 20 de abril de 2010, 15 de diciembre de 2014, 9 de junio de 2016, etc.) a una desconsideración como mera falta de cortesía o amabilidad hacia determinadas personas (419.2); o, incluso, a una distracción frente a determinados requerimientos (419.5).

Conviene también centrar nuestra atención²⁶ en el artículo 416 de la LOPJ que quedó redactado de la forma siguiente: “1. Las faltas cometidas por los jueces y magistrados en el ejercicio de sus cargos

²⁶ Varios autores, *La responsabilidad personal del juez*. Asociación Judicial Francisco de Vitoria. Thomsom 2008, págs. 161 y ss.

podrán ser muy graves, graves y leves”. Cabe, pues, preguntarse si la actuación en el ejercicio del cargo es, o no, un elemento de todos y cada uno de los tipos. La respuesta negativa, pese a la dicción gramatical, nos la ofrece la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1999 sobre afirmaciones críticas vertidas en artículos periodísticos contra magistrados del TS y de la Audiencia Nacional, (seguida por la de 23 de enero de 2006) en la que se argumenta y afirma que un juez o magistrado en activo puede ser sancionado disciplinariamente por acciones realizadas fuera de la actividad jurisdiccional como consecuencia del incumplimiento del deber de lealtad constitucional que ha de ser considerado como la principal de su régimen estatutario dados los términos de los artículos 9.1 C.E y 318.1 LOPJ de modo que debe abstenerse de realizar conductas que puedan hacer quebrar la confianza social, habida cuenta de que su singular posición dentro del Estado exige un régimen disciplinario más amplio que el que corresponde a los funcionarios públicos. El elevado rango que la Constitución otorga a la potestad jurisdiccional exige que el juez aparezca adornado de la probidad, rigor, independencia e imparcialidad inexcusables para no generar desconfianza social. Así llega a trasmutar la clara dicción de la norma y la interpreta, de manera extensiva, que “encontrase en el ejercicio de un cargo”, significa también, en el lenguaje usual, “hallarse en situación de estar ostentándolo”; es decir, lo amplía a estar en servicio activo. A fin de cuentas –concluye– el art. 416.1 LOPJ no tiene directa aplicabilidad porque su función es meramente explicativa y enunciativa de un cuadro sancionador. En consecuencia, los elementos típicos exigidos en cada falta serán los que aparezcan en cada concreto precepto.

Si verdaderamente parece hasta cierto punto lógica la doctrina jurisprudencial, parece que nos encontramos ante otro problema de tipicidad. La base de la argumentación recuerda al

“incumplimiento de juramento” aludido en la sentencia TEDH Oleksandr Volkov contra Ucrania, de 27 de mayo de mayo de 2013. Volveremos sobre estas cuestiones a analizar las fricciones entre el régimen disciplinario con la libertad de expresión, con la función estrictamente jurisdiccional o con los códigos éticos.

El Tribunal Constitucional en su sentencia 135/2018, de 13 de diciembre ha declarado la inconstitucionalidad del artículo 367.1 LOPJ, por la falta de criterios legales definitorios valorables por el Consejo General del Poder Judicial a la hora de declarar la aptitud para el reingreso de los jueces sancionados con suspensión, por criterios de seguridad jurídica y reserva de ley, en definitiva.

Rigen asimismo los principios de proporcionalidad prohibición de indefensión, con derecho a la asistencia letrada e intervención del interesado en la práctica de la prueba desde el inicio del expediente (arts. 421.3 y 425). Sobre el derecho a un juicio equitativo pueden verse los epígrafes 203 a 214 de la sentencia TEJUE de 21 de julio de 2021.

El principio de seguridad jurídica se completa con el derecho de toda persona a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable con la prescripción de las faltas según su gravedad –dos años, un año y seis meses para las muy graves, graves y leves respectivamente– y con la caducidad del expediente en el plazo de un año. (arts. 416.2, 420.3 y 425.6). La superación de este último, ampliado por la LO 4/2108, de 28 de diciembre, sin posibilidad de prórroga, determina la caducidad conforme a la sentencia del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2007²⁷.

²⁷ Véanse epígrafes 189 a 191 de la sentencia del TJUE de 15 de noviembre de 15 julio de 2021.

Mención especial²⁸ conectado con las garantías de legalidad y proporcionalidad Sentencias del TC 2/2003, de 16 de enero, y 116/2007, de 21 de mayo), merece la aplicación del derecho al “non bis in ídem” en sus vertientes procesal y material que proscribe el curso paralelo de expediente administrativo sancionador y causa penal por los mismos hechos contra una misma persona, expresamente recogido en el artículo 415 de la LOPJ, permisivo, sin embargo, con la incoación de un expediente en paralelo a un causa judicial, aunque su desarrollo haya de suspenderse hasta que recaiga sentencia firme penal con efectos prejudiciales sobre los hechos declarados probados. La norma y la jurisprudencia han evolucionado hacia la exigencia de la triple identidad de hechos, bien jurídico protegido y fundamentación jurídica; identidad que puede ser analizada por el Tribunal Constitucional, tras su importante y ya citada sentencia 2/2003. El problema, más allá de las dificultades de ejecución de ambas sanciones, radica en la diversidad de bienes jurídicos violados, que casi nunca coincidirán en cada caso, en razón de las relaciones de sujeción especial aparejadas a la condición funcional, como sucede, verbigracia, con la falta de consideración hacia otros miembros de la oficina o hacia un colega, porque, aunque alcanzara la entidad de una injuria o calumnia, tampoco dejaría de perturbar la eficacia de la maquinaria burocrática o la confianza de los ciudadanos en el sistema judicial. Y en esta línea, el preámbulo de la LO 1994 ya nos menciona una excepción que traslada a los artículos 379-d y 380 de la LOPJ: la comisión de un delito doloso acarrea indefectiblemente la pérdida de la condición de juez con posibilidad de rehabilitación en los términos

²⁸ DELGADO RINCÓN, Luis Esteban, *Constitución, poder judicial y responsabilidad*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, págs. 224 y ss.

de las sentencias del Tribunal Supremo (sección sexta de lo C-A de 8 de noviembre de 2017 y 2 de julio de 2019).

2.6. Límites de la potestad sancionadora

Sin duda el dique esencial lo levanta el contenido de la resolución jurisdiccional, o, en ciertos casos, el contenido jurisdiccional de la resolución, pues sería incongruente que una garantía de la independencia, ejercida por un órgano creado para salvaguardarla, utilizara sus competencias para vulnerarla. Pero la norma admite sus excepciones. La tan citada sentencia TEJUE de 15 de julio de 2021, en sus párrafos 136 a 140 afirma: “la salvaguardia de esta independencia no puede conllevar, en particular, que se excluya totalmente que un juez pueda incurrir en responsabilidad disciplinaria, en determinados supuestos excepcionalísimos, por resoluciones judiciales que haya dictado. En efecto, tal exigencia de independencia evidentemente no tiene por objeto amparar eventuales conductas graves y totalmente inexcusables de los jueces, que consistan, por ejemplo, en incumplir deliberadamente y con mala fe, o por negligencias particularmente graves y groseras, las normas del Derecho nacional y de la Unión por cuyo respeto deben velar, o en actuar con arbitrariedad o incurriendo en denegación de justicia, cuando, como depositarios de la función jurisdiccional, deben resolver los litigios que les plantean los justiciables”. Sin duda, se trata de la falta de desatención tipificada en el artículo 419.9 de la LOPJ a tenor de su interpretación jurisprudencial en las sentencias antes mencionadas.

La libertad de expresión del juez también se ve tamizada. En efecto, el principio 19, desde la perspectiva de la imparcialidad y el 31, integrado en el de integridad, de Ética Judicial, aprobados por el CGPJ en la sesión plenaria de 16 de diciembre de 2016 se ocupan del asunto. El 31 reza: “El juez y la jueza, como ciudadanos, tienen derecho a la libertad de expresión que ejercerán con prudencia y modera-

ción con el fin de preservar su independencia y apariencia de imparcialidad y mantener la confianza social en el sistema judicial y en los órganos jurisdiccionales”. Pero los límites también se definen positivamente –principio 20– por el fin pedagógico que ha de tener la relación de los jueces con los medios de comunicación. Tras reconocer a los jueces los derechos del artículo 20 de la CE, la sentencia del Tribunal Supremo 23 de enero de 2006 (FJ séptimo, octavo y noveno), en la estela de la ya mencionada de 14 de julio de 1999, permite, con argumentos de tipicidad, a un juez calificar, en una entrevista pública, de terrorista a un presidente del gobierno, pero le reprocha criticar a un colega por dictar “autos de procesamiento o de prisión absolutamente fabulados”, por llevar a cabo “una caza de brujas”, por tomar decisiones en las que “ha habido una actuación gravísima de prevaricación”, por estar “actuando de forma chulesca” o “sabiendo que sus decisiones, por injustas que sean, son impunes porque están respaldadas por el poder político”. El Consejo General del Poder Judicial se muestra muy restrictivo a la hora de aplicar los artículos 418.3 y 417.2 de la LOPJ. Podemos citar el reciente acuerdo de la Comisión Permanente de 11 de agosto de 2022 que ratifica el archivo de las diligencias informativas 267/2022 abiertas por el PAD. En este acuerdo²⁹ se recoge toda la doctrina sobre el particular. Puede citarse también la sentencia del TEDH, caso Baka contra Hungría, de 23 de junio de 2006.

Un problemático tipo sancionador, vinculado con la libertad ideológica del juez, lo describe el artículo 417.1 de la LOPJ: “El incumplimiento consciente del deber de fidelidad a la Constitución establecido en el artículo 5.1 de esta Ley, cuando así se aprecie en sentencia firme”. Se introdujo en el año 1994 pero no aparecía en

²⁹ Portal de Transparencia del CGPJ.

el primer borrador. En su lugar figuraba otro más restrictivo también como falta muy grave: “las críticas, fuera del ámbito estrictamente privado, a los principios constitucionales propios del Estado de Derecho y las instituciones tendentes a vulnerar los derechos y libertades fundamentales”. Pero un juez puede, bien incumplir la Constitución en el ejercicio de su jurisdicción, prevaricando; bien, en un contexto ajeno a su potestad, criticarla o rechazarla, pero nunca incumplirla, en cuyo caso carece de sentido, puesto que en una democracia no militante no constituye infracción de clase alguna no mostrar adherencia a la Constitución y así no se podría dar nunca el requisito de tipicidad, consistente en “sentencia firme que así lo reconozca”, salvo que se incurra en delito contra la Constitución o contra el orden público, en cuyo caso la separación convertiría en inútil este tipo. La sentencia del TS de 17 de junio de 2002 trata de manera tangencial el asunto –medida cautelar de suspensión del juez– y alude a los numerosos procesos en que concurría ya la inobservancia por el Juez de las pautas judiciales marcadas por el órgano de segunda instancia, ya la falta de fundamentación de resoluciones, ya la omisión o supresión de trámites, a raíz de particulares concepciones del procedimiento. El asunto se archivó).

Ya lo prevenía la sentencia TEDH Oleksandr Volkov contra Ucrania, de 27 de mayo de mayo de 2013, en lo que ahora interesa concluye que “la falta de directrices y prácticas que establezcan una interpretación coherente y restrictiva del delito de ‘incumplimiento del juramento’... podría hacer suponer que casi cualquier conducta indebida de un juez que se produjera en cualquier momento de su carrera podría interpretarse, si así lo desea un órgano disciplinario, como una base fáctica suficiente para una acusación disciplinaria de ‘incumplimiento del juramento’ y llevar a su destitución del cargo” (Epígrafes 173 a 180 y 185).

Parece oportuno efectuar una referencia al Código Ético aprobado, ya se ha indicado, por el CGPJ en diciembre de 2016. Tienen su antecedente en los Principios de Bangalore elaborados por Grupo Judicial de Reforzamiento de la Integridad Judicial, celebrada en 2001 en Bangalore (India). Estos “Principios de Ética Judicial” aspiran a recoger los valores y reglas de conducta compartidos por la judicatura española y su elaboración se encomienda ahora expresamente al CGPJ por el artículo 560.24^a introducido por la LO/4/2018. Si bien, conforme a su disposición final, no podrán utilizarse en ningún caso, ni directa ni indirectamente, con finalidad disciplinaria, salvo que redunde en beneficio del sujeto al procedimiento, es lo cierto que, sobremanera en cuanto hace al principio de integridad, marcan unas pautas de conducta virtuosa comprensivas de la totalidad de la vida del juez en la medida en que –directriz 29– “debe ser consciente de que la dignidad de la función jurisdiccional exige un comportamiento acorde con la misma”. Se corre el riesgo de que, incluso al margen del derecho disciplinario y aplicable por cualquier órgano, sin procedimiento alguno, surjan nuevos e indeterminados motivos de corrección de la conducta del juez, que aboquen a la reprobación ética expresa por vulneración de estos principios en aquellos casos en que no sea posible sancionar por falta. El mero hecho de que este peligro se trate de prevenir prohibiendo que la Comisión de Ética se inmiscuya en asuntos disciplinarios denota su realidad. De este modo puede aparecer, sin tipicidad legal, una nueva constrictión, el reproche ético, la tacha moral, cuya eficacia no debe ser desdeñada. Parece que volvemos al comportamiento público “decoroso” de finales del siglo XIX, en otro contexto sociocultural diferente del que alumbró la Ley de 1870 en su artículo 574.5^o: “Los jueces y magistrados serán corregidos disciplinariamente cuando por la irregularidad de su con-

ducta moral o por vicios que les hicieren desmerecer en el concepto público comprometieran el decoro de su ministerio”.

Por último, conviene reseñar el Protocolo de actuación frente al acoso sexual, el acoso por razones de sexo, el acoso discriminatorio, y frente a todas las formas de acoso y violencia en la Carrera Judicial (BOE de 17 de febrero de 2016) en su Artículo 11.1 prevé: si los hechos no fueran canalizables a través del procedimiento informal de solución, o, aunque lo fueren, si la persona presuntamente víctima decide no utilizarlo, o si, habiéndolo utilizado, se hubieran reiterado los comportamientos, la persona presuntamente víctima se puede dirigir al órgano competente para iniciar el procedimiento disciplinario formal.

3. Bibliografía

DE LA OLIVA SANTOS, A., “Actualidad y Legislación”. *Tribunales de Justicia*, 2/1997

DELGADO RINCÓN, L.E., *Constitución, poder judicial y responsabilidad*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002.

DOMÉNECH PASCUAL, G., *Juzgar a destajo*. Civitas, Thomson Reuters. Ed. 2009.

MACÍAS CASTAÑO, J. M., *Anuario de Derecho Administrativo 2022*. Civitas Thomson Reuters.

MARTÍN RÍOS, P., “Independencia y responsabilidad disciplinaria judicial. Especial mención a las diligencias informativas”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 118, enero-abril, 2020.

MARTÍNEZ MOYA, J. y otra, *Protección social de la carrera judicial*. BOE, 2021

PERALTA GUTIÉRREZ, A., “El bulo del corporativismo y la endogamia judicial. Comparativa entre profesiones jurídicas”. Web Asociación Profesional de la Magistratura.

- QUINTANA CARRETERO, J. P. y otros, *La responsabilidad personal del juez*. Civitas Thomson. Ed. 2008.
- REQUERO IBÁÑEZ, J. L., “Responsabilidad disciplinaria de los jueces y magistrados. Análisis de la Ley orgánica 16/1994, de 8 de noviembre”, *Actualidad Administrativa* n° 27/ 3-9, julio, 1995).
- RON LATAS, R. P. y otro, Anuario Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. ISSN1138-039X, ISSN22530-6324, N° 19, 2015, pp. 351^a 371.
- SOLLA SASTRE, M. J., *La discreta práctica de la disciplina*. Congreso de los Diputados, 2011.
- TAMBORERO MOLINER, G. y otros, *Régimen Jurídico del Personal al servicio de la Administración de Justicia*. Tirant lo Blanch. Valencia 2017.
- VACAS GARCÍA-ALÓS, L. y otro, *Manual de derecho disciplinario judicial*. Thomson-Aranzadi, 2005.

JULIO BANACLOCHE PALAO

Catedrático y director del Departamento de Derecho Procesal
de la Universidad Complutense de Madrid

La tutela judicial efectiva y las exigencias de la independencia judicial en la Unión Europea

1. La independencia del poder judicial y la protección de los derechos fundamentales

La independencia judicial aparece concebida como un requisito esencial para la existencia de un Estado de derecho. Este no opera realmente si no está garantizada la separación de poderes, como bien señalaba el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 26 de agosto de 1789: “Toda sociedad en la cual la garantía de derechos no está asegurada, ni la separación de los poderes determinada, no tiene Constitución”. Hay que tener en cuenta que, en un Estado liberal, quien garantiza los derechos de los ciudadanos de quien ejerce el poder sobre las personas (sea mediante la imposición de normas –legislativo–, o a través de su aplicación –ejecutivo–) es precisamente el poder judicial. De ahí que sea imprescindible que dicho poder esté separado de los demás y resulte institucional y jurídicamente protegido de la presión que los otros poderes puedan ejercer sobre él. De no ser así, la Constitución –entendida en su dimensión de norma

fundamental fruto del consenso social que reconoce y garantiza el ejercicio y disfrute de los derechos y libertades fundamentales— termina siendo un texto puramente formal, sometido a los designios e intereses de aquellos que ejercen el poder de facto en una sociedad.

La Constitución española de 27 de diciembre de 1978 (en adelante, CE) lo reconoce así al establecer en su artículo 53.2 que “cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad”. Es decir, que el primer garante de los derechos de los ciudadanos es el poder judicial, y el último el Tribunal Constitucional, que en ese ámbito opera como corolario de dicho poder ejerciendo incluso función jurisdiccional (por eso el artículo 123.1 CE afirma indirectamente que el Tribunal Constitucional es el órgano jurisdiccional superior “en materia de garantías constitucionales”).

Dado que se atribuye a los jueces y magistrados ese papel protector de los derechos fundamentales, el artículo 117.1 CE los configura como “independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”. En definitiva, solo un poder judicial independiente está en condiciones de garantizar los derechos y libertades de los ciudadanos, y solo así se puede afirmar con verdad que se está ante un “Estado social y democrático de Derecho” (artículo 1.1 CE).

Uno de los derechos que se atribuye a “todas las personas” es el de acudir a los tribunales a defender sus derechos e intereses legítimos (artículo 24 CE). Es decir, que cuando un derecho se ve vulnerado, ya sea por un particular o por un poder público, ante la prohibición de la autotutela, el ordenamiento constitucional establece que se acuda al poder judicial para que provea a su restablecimiento,

en la confianza de que los jueces y magistrados que integran dicho poder van a gozar de la independencia necesaria para dictar un resolución definitiva e irrevocable basada únicamente en el imperio de la ley. Cuando esa independencia no se respeta, por tratarse de un Estado que cuenta con órganos judiciales que deciden influidos por presiones externas, no existe verdadera justicia, ni se respeta el Estado de derecho, ni se tiene Constitución. Precisamente la mejor manera de comprobar si estamos o no ante un Estado fallido (que es aquel en el que, aunque existan formalmente instituciones públicas que proveen a las funciones básicas de un Estado, aquellas no satisfacen las necesidades de los ciudadanos ni responden a los objetivos que le son propios, soliendo regir la ley del más fuerte¹) es analizar cómo actúan sus tribunales: si estos no son capaces de proteger a los ciudadanos de las arbitrariedades del Estado o de los poderosos, o siempre deciden en favor del más fuerte y arrinconan la aplicación de la ley o la subvierten para dar satisfacción a quien ejerce el poder, no existe un verdadero Estado, y volvemos al ámbito primitivo de la autotutela, de la lucha de todos contra todos, del Estado presocial hobbesiano que desemboca en la anarquía y la injusticia.

¹ Gerald B. HELMAN y Steven R. RATNER fueron los primeros en escribir sobre el término “Estados fallidos”, en un artículo titulado “Saving Failed States”, publicado en la revista *Foreign Policy* en 1992, considerando como tales aquellos donde el gobierno ha colapsado. Tomando como referencia a Max Weber, muchos autores señalan que los Estados fallidos son aquellos que han perdido completamente el monopolio de la violencia legítima sobre sus territorios. Para LÓPEZ MARTÍN, Ana Gemma, son cuatro los rasgos que caracterizan a un Estado fallido: la ruptura de la ley y el orden por la pérdida por parte de las autoridades estatales del monopolio del uso de la fuerza; la escasa capacidad para atender a las necesidades básicas de los ciudadanos; la ausencia de una entidad básica que represente al Estado *ad intra* y *ad extra*; y el asentamiento de grupos armados que sustituyen al Estado en zonas localizadas (vid. *Los Estados fallidos: un análisis desde el Derecho internacional*, Ed. Publicia, 2015).

2. La independencia del poder judicial según el Tribunal Constitucional español

El citado artículo 117.1 CE predica la independencia de los “Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial”. En consecuencia, se trata de una característica que no se predica en abstracto, sino en concreto; es decir, es cada juez o magistrado que forma parte de la organización jurisdiccional quien debe ser independiente en el ejercicio de su función. El poder judicial en su conjunto es independiente porque lo son sus integrantes, de manera que cualquier actuación que suponga un riesgo para la independencia de uno de sus miembros afecta a todo el sistema.

La primera vez que tuvo que pronunciarse el Tribunal Constitucional sobre el alcance de la independencia proclamada en el artículo 117.1 CE fue al hilo de la elección de los sujetos que integran el órgano constitucional que precisamente tiene, como una de sus finalidades, la de velar por la independencia de los tribunales. Y es que el artículo 122 CE había creado el Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ), un órgano inédito en la historia constitucional española encargado del autogobierno del poder judicial, que cuenta como una de sus funciones la de proteger la independencia de los integrantes de dicho poder. Dado que una de las maneras más evidentes de influir en las decisiones de jueces y magistrados es la de ejercer el control sobre sus nombramientos, ascensos y promoción, la Constitución optó por introducir un órgano de composición mixta (es decir, formado por integrantes del poder judicial y por otros juristas y profesionales del Derecho) que asumiera el ejercicio de dichas funciones, excluyendo así la injerencia del resto de poderes del Estado.

La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ), determinaba que el nombramiento de los vocales

de dicho CGPJ fuera realizado íntegramente por las cámaras legislativas, en vez de mantener el sistema introducido por la Ley Orgánica 1/1980, de 10 de enero, que establecía que los doce vocales del CGPJ de procedencia judicial fueran elegidos por los propios jueces y magistrados. En el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la LOPJ, uno de los motivos por los que esta se consideraba contraria a la Carta Magna era que el hecho de que el poder legislativo eligiera la totalidad de los vocales del CGPJ vulneraba el artículo 117.1 CE, al violentar la independencia judicial. El Tribunal Constitucional, en su STC 108/1986, de 29 de julio, rechaza ese argumento, porque considera que la independencia es predicable de los jueces y magistrados individualmente, pero no del poder judicial en su conjunto. Estas son sus palabras sobre ese punto: “lo que se consagra es la independencia de cada juez a la hora de impartir justicia, sin que la calidad de ‘integrantes o miembros’ del poder judicial que se les atribuye en preceptos ya citados tenga otro alcance que el de señalar que sólo los jueces, individualmente o agrupados en órganos colegiados, pueden ejercer jurisdicción juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado”.

Tampoco considera que el hecho de que sea otro poder el que elige a todos los vocales del CGPJ afecte a la independencia de la Justicia: “Sin entrar en consideraciones sobre el lugar que ocupan las Cortes en un sistema parlamentario y sin negar que el sistema elegido por la LOPJ ofrezca sus riesgos, como se verá más adelante, debe advertirse que esos riesgos no son consecuencia obligada del sistema. En efecto, para que la argumentación de los recurrentes tuviese un peso decisivo sería necesario que la propuesta por las Cámaras de los veinte vocales del Consejo convirtiese a éstos en delegados o comisionados del Congreso y del Senado, con toda la carga política que esta situación comportaría. Pero, en último término, la posición de los inte-

grantes de un órgano no tiene por qué depender de manera ineludible de quienes sean los encargados de su designación, sino que deriva de la situación que les otorgue el ordenamiento jurídico”.

Posteriormente, el Tribunal Constitucional se pronunció de manera similar al resolver otro recurso de inconstitucionalidad, esta vez contra una nueva reforma de la LOPJ, operada por la Ley Orgánica 2/2004, de 28 de diciembre. En este caso se consideraba que podía vulnerar la independencia judicial el que se exigiera una mayoría reforzada para acordar los nombramientos discrecionales de la judicatura que realiza el CGPJ, por aumentar el “clientelismo de los Jueces y Magistrados respecto del poder político, por la vía interpuesta del Consejo General del Poder Judicial”. La STC 238/2012, de 13 de diciembre, señala que no considera que la reforma vulnere la independencia de los jueces: “en la medida en que este Tribunal no puede basarse en una presunción de mal uso de las normas para declarar la inconstitucionalidad de las mismas, máxime en este caso en que tal presunción lleva aparejada una comprensión de nuestro sistema político como un Estado de partidos que no cabe dentro de la Constitución y que, por tanto, no puede servir a este Tribunal como presupuesto del razonamiento, tampoco puede entenderse lesionado el principio de independencia judicial (arts. 117 y 122 CE), ni la prohibición de filiación política a los Jueces (art. 127 CE) por parte la norma impugnada”.

Conforme a este planteamiento, la independencia judicial no se ve afectada por quién sea el órgano que realiza los nombramientos judiciales, porque no se puede suponer que este actuará bajo la influencia de otros poderes, ni que la elección determinará posteriormente las decisiones de los designados.

Sin embargo, como enseguida veremos, esta doctrina del Tribunal Constitucional español podría ser objeto de revisión a la luz

de la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) desde 2018 sobre la independencia de los tribunales de los países miembros de la Unión Europea, dado que el TJUE entiende que la forma de elección de los jueces puede afectar a su independencia. Al corresponder a los ciudadanos europeos el derecho a que se les garantice una tutela judicial “con todas las garantías”, entre las que se encuentra la de que la decisión provenga de un juez independiente, todo lo que se refiera a dicha independencia puede terminar afectando al respeto a dicho derecho.

3. La independencia judicial y el derecho a la tutela judicial efectiva en la normativa de la Unión Europea

La existencia de un poder judicial independiente es una exigencia no solo de los ordenamientos nacionales de los países de la Unión Europea, sino de los propios principios constitutivos de la Unión, puesto que resulta un requisito indispensable del Estado de derecho (el cual es uno de sus valores fundamentales, recogido en el artículo 2 del Tratado de la Unión: “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de derecho y respeto de los derechos humanos”).

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE), de aplicación directa en los países de la Unión desde el 1 de diciembre de 2009 (junto al Tratado de Lisboa), dedica su Título VI a la “Justicia”, y precisamente este abre su contenido con el artículo 47, regulador del “Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial”. El contenido del precepto, que consta de tres párrafos, es el siguiente: “Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda per-

sona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la Justicia”.

Como se puede observar, se trata de una norma que recopila diversos derechos concedidos a los justiciables europeos cuando estamos ante actos realizados por las instituciones de la Unión, o por los Estados aplicando Derecho de la Unión (artículo 51.1 CDFUE). El primero y principal de tales derechos es el derecho a la tutela judicial efectiva para la protección de los propios derechos y libertades, un derecho que aparece recogido en el artículo 24.1 CE con un contenido mucho más amplio, dado que no solo se refiere a la tutela de los derechos fundamentales sino de cualquier otro derecho e incluso un interés que se considere legítimo (“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”).

Pero también recoge el artículo 47 CDFUE otros derechos complementarios del anterior: así que se pueda *oír* por el tribunal la propia argumentación (consagrando el denominado entre la doctrina el “principio de audiencia”, que impide resolver un asunto sin haber dado a las partes la oportunidad de defender sus respectivas posiciones); que el proceso se plantee y estructure de forma *equitativa* (lo que en nuestro sistema constitucional se ha bautizado como “principio de igualdad de armas”, que exige que ambas partes tengan las mismas oportunidades procesales durante la tramitación del procedimiento, sin que sea posible que una tenga una posición de primacía

o privilegio frente a la otra, puesto que eso supondría romper la equidad); que el proceso esté diseñado de forma que tenga la suficiente *publicidad* (es decir, que la parte esencial del mismo se lleve a cabo en “audiencia pública”, salvo las limitadas y motivadas excepciones que puedan admitirse, con el fin de asegurar la transparencia y evitar cualquier tipo de arbitrariedad o trato de favor); que la resolución definitiva llegue en un *plazo razonable* (proscribiéndose así las dilaciones indebidas, e incluso las debidas que se prolonguen de forma excesiva, de modo que al final, como dijo Séneca, la justicia tardía deje de ser verdadera justicia); que esté garantizada la *asistencia y defensa letrada y la representación profesional*, como manera de asegurar que se ha podido sostener la propia posición de la mejor forma posible; y que las personas con pocos recursos económicos puedan acceder a un sistema de *gratuidad* que les permita acudir a la Justicia y sostener ante ella sus pretensiones².

Hemos dejado para el final un último derecho que también se contempla en el artículo 47 CDFUE: el derecho a que la decisión la adopte un “juez independiente e imparcial”. Enseguida se indicará cómo ha interpretado el TJUE esa condición, pero ya puede adelantarse que el derecho a la tutela judicial efectiva solo se cumple si quien decide el conflicto es alguien con un estatuto de independencia e imparcialidad, es decir, que no resuelve atendiendo a presiones externas, ni a vinculaciones previas establecidas con el objeto o los sujetos del proceso, o condicionado por un posible perjuicio o beneficio que pueda depender de su decisión.

² Encontramos una referencia a las principales sentencias dictadas por el TJUE sobre cada uno de estos derechos en el artículo de ARIAS RODRÍGUEZ, José Manuel: “Sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Diario La Ley*, n.º 9982, Sección Doctrina, 4 de enero de 2022.

Hay que señalar que el texto del artículo 47 CDFUE no es en absoluto original, pues reproduce casi literalmente dos preceptos del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en adelante CEDH): el artículo 13 (“Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”) y la primera parte del artículo 6.1 (“Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”). Pero resulta interesante que los haya acogido la Carta de Derechos Fundamentales, de manera que presidan también las relaciones que rigen en los procesos donde se aplica Derecho de la Unión.

Precisamente por la estrecha relación que guarda la CDFUE con el CEDH, los órganos judiciales comunitarios han reconocido que el criterio mediante el que ha de juzgarse el derecho a la tutela judicial efectiva es el del respeto a ser enjuiciado por un juez independiente e imparcial (Sentencia del Tribunal General, Sala Quinta, T-195/2021, de 21 de diciembre de 2021: “101. Pues bien, el artículo 47, párrafo segundo, de la Carta, que constituye el parámetro a la luz del cual el Consejo aprecia el respeto del derecho a la tutela judicial efectiva (véase la sentencia de 3 de febrero de 2021, Klymenko/Consejo T-258/20, EU:T:2021:52, apartado 98 y jurisprudencia citada), establece que toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo

razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley 102. A tenor del artículo 52, apartado 3, de la Carta, en la medida en que esta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el CEDH, como los previstos en el artículo 6 del CEDH, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio”.

4. La jurisprudencia del TJUE sobre la independencia judicial

Dentro del protagonismo que en los últimos años está alcanzando el TJUE, uno de los asuntos en que su jurisprudencia ha adquirido especial relevancia es el relativo a la independencia judicial³. Así, desde 2018 ha dictado varias resoluciones en las que pone en cuestión que se pueda impartir verdadera justicia si quien decide no responde a esas condiciones establecidas en el artículo 47 CDFUE de independencia e imparcialidad. Y no se ha quedado únicamente en la necesidad de que ambas características deban conformar al tribunal que adopta la resolución, sino que las extiende también a aquellos que designan a dicho tribunal.

La primera sentencia relevante a esos efectos fue la Sentencia del TJUE C-64/16, caso Associação Sindical dos Juízes Portugueses vs. Tribunal das Contas, de 27 de febrero de 2018, donde se planteaba una cuestión acerca de si era compatible con el Derecho de la Unión una reducción de sueldos de los jueces portugueses producida al socaire de la crisis financiera. Al margen de la cuestión de fondo, que es para nuestro trabajo menos relevante, allí se define

³ Como señala CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, Manuel, se ha producido en los últimos años “el ‘descubrimiento’ de la independencia como cualidad de los órganos judiciales que puede ser sometida a la consideración del Tribunal de Justicia” (“La protección de la independencia judicial en el derecho de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 65, 2020, págs. 11-31).

en el punto 44 qué entiende el TJUE por independencia: “La noción de independencia supone, entre otras cosas, que el órgano en cuestión ejerza sus funciones jurisdiccionales con plena autonomía, sin estar sometido a ningún vínculo jerárquico o de subordinación respecto a terceros, y sin recibir órdenes ni instrucciones de ningún tipo, cualquiera que sea su procedencia, de tal modo que quede protegido de injerencias o presiones externas que puedan hacer peligrar la independencia de sus miembros a la hora de juzgar o que puedan influir en sus decisiones”.

Como era de esperar, el TJUE caracteriza la independencia judicial como la ausencia de presiones respecto del juez o magistrado que ha de juzgar, unas presiones que pueden manifestarse de forma explícita o tácita, y que pueden surgir tanto de los vínculos jerárquicos internos como de los informales de naturaleza extrajudicial.

La segunda sentencia que debe destacarse sobre independencia judicial es la sentencia del TJUE, Gran Sala, C-216/2018, de 25 de julio de 2018, *Minister of Justice & Equality vs. LM*, donde se decide sobre una cuestión prejudicial planteada por la High Court irlandesa acerca de si se deben o no aplicar las normas de la orden de detención europea para su posterior entrega al Estado requirente, cuando se duda de la independencia e imparcialidad de los tribunales que solicitan dicha euroorden (que, en este caso, eran los polacos). El TJUE aprovecha la coyuntura para definir qué entiende por cada uno de esos conceptos, resumiendo su doctrina contenida en pronunciamientos anteriores: “63. A este respecto, en lo que atañe a la necesidad de independencia de los órganos jurisdiccionales que está comprendida en el contenido esencial de ese derecho, procede recordar que dicha necesidad es inherente a la función de juzgar y engloba dos aspectos. El primer aspecto, de orden externo, supone que el órgano en cuestión ejerza sus funcio-

nes con plena autonomía, sin estar sometido a ningún vínculo jerárquico o de subordinación respecto a terceros y sin recibir órdenes ni instrucciones de ningún tipo, cualquiera que sea su procedencia, de tal modo que quede protegido de injerencias o presiones externas que puedan hacer peligrar la independencia de sus miembros a la hora de juzgar o que puedan influir en sus decisiones (véase, en este sentido, la sentencia de 27 de febrero de 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, C-64/16, EU:C:2018:117, apartado 44 y jurisprudencia citada). 64. Esta indispensable libertad frente a tales elementos externos exige ciertas garantías, como la inamovilidad, idóneas para proteger a la persona de quienes tienen la misión de juzgar (sentencia de 19 de septiembre de 2006, Wilson, C-506/04, EU:C:2006:587, apartado 51 y jurisprudencia citada). El hecho de que estos perciban un nivel de retribuciones en consonancia con la importancia de las funciones que ejercen constituye igualmente una garantía inherente a la independencia judicial (sentencia de 27 de febrero de 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, C-64/16, EU:C:2018:117, apartado 45). 65. El segundo aspecto, de orden interno, se asocia al concepto de imparcialidad y se refiere a la equidistancia que debe guardar el órgano de que se trate con respecto a las partes del litigio y a sus intereses respectivos en relación con el objeto de dicho litigio. Este aspecto exige el respeto de la objetividad y la inexistencia de cualquier interés en la solución del litigio que no sea el de la aplicación estricta de la norma jurídica (sentencia de 19 de septiembre de 2006, Wilson, C-506/04, EU:C:2006:587, apartado 52 y jurisprudencia citada)”.

En consecuencia, la independencia supone la inexistencia de elementos externos de presión que condicionen la propia decisión. Como una de las maneras más eficaces de ejercer esa presión es poder remover de su puesto al juez, que esté garantizada la inamo-

vilidad resulta esencial para asegurar la independencia. Por su parte, la imparcialidad significa que no hay inclinación previa hacia una parte u otra por ningún tipo de lazo: familiar, personal, laboral, profesional o procesal.

A la vista de lo anterior, el TJUE concluye que “cuando la autoridad judicial de ejecución que haya de pronunciarse sobre la entrega de una persona que es objeto de una orden de detención europea emitida a efectos del enjuiciamiento penal de esta disponga de datos, como los que puedan figurar en una propuesta motivada de la Comisión Europea, presentada de conformidad con el artículo 7 TUE, apartado 1, que parezcan acreditar que existe un riesgo real de que se viole el derecho fundamental a un proceso equitativo garantizado por el artículo 47, párrafo segundo, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debido a deficiencias sistémicas o generalizadas en relación con la independencia del poder judicial del Estado miembro emisor, dicha autoridad deberá comprobar, concreta y precisamente, si, habida cuenta de la situación de esa persona, de la naturaleza de la infracción que se le imputa y del contexto fáctico que han motivado la orden de detención europea así como de la información proporcionada por el Estado miembro emisor, con arreglo al artículo 15, apartado 2, de la Decisión Marco 2002/584, existen razones serias y fundadas para creer que dicha persona correrá tal riesgo en caso de ser entregada a este último Estado”.

Es decir, que si la Comisión está investigando a un Estado miembro por poner en riesgo la independencia de sus jueces, resulta admisible que no se dé cumplimiento a una euroorden si así se evita que el afectado pueda ser sometido a un proceso sin las garantías requeridas (entre ellas, la de ser juzgado por un juez independiente).

Una tercera sentencia importante la constituye la sentencia del TJUE, C-619/18, Comisión/Polonia, de 24 de junio de 2019, donde se resuelve sobre si afecta a la tutela judicial efectiva –una de cuyas exigencias es la independencia judicial– la medida de reducir la edad de jubilación de los magistrados del Tribunal Supremo polaco –por cierto, una medida similar se acordó en España en 1985 para adelantar la jubilación de unos magistrados que se consideraban afines al régimen franquista–, y la posibilidad de prorrogar la edad activa de los jubilados por decisión discrecional del presidente de la República. Para el TJUE, ambas decisiones pueden hacer nacer la duda legítima acerca de la independencia e imparcialidad de los tribunales (dada la estrecha relación que estos tienen con las autoridades políticas). También apunta la necesidad de que el poder judicial esté separado de los poderes legislativo y ejecutivo.

Especialmente relevante resultan las sentencias del TJUE, Gran Sala, C-585/2018, AK vs. Consejo Nacional del Poder Judicial, y C-624/18 y C-625/18, CP y DO vs. Tribunal Supremo de Polonia, de 19 de noviembre de 2019, que resuelven tres cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales polacos acerca de si la denegación de una prórroga de jubilación a dos magistrados del Tribunal Supremo polaco, acordada por el órgano competente (de composición básicamente política), debe ser respetada o no, y va o no en contra del Derecho de la Unión. EL TJUE concluye que hay que aplicar el principio de primacía y permitir que el asunto sea conocido por un tribunal que sea realmente independiente e imparcial: “El artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el artículo 9, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que unos litigios relativos a la apli-

cación del Derecho de la Unión puedan ser de competencia exclusiva de un órgano que no constituye un tribunal independiente e imparcial, en el sentido de la primera de estas disposiciones. Así ocurre cuando las condiciones objetivas en las que se creó el órgano de que se trate, sus características y la manera en que se ha nombrado a sus miembros puedan suscitar dudas legítimas en el ánimo de los justiciables en cuanto a la impermeabilidad de este órgano frente a elementos externos, en particular frente a influencias directas o indirectas de los poderes legislativo y ejecutivo, y en cuanto a su neutralidad con respecto a los intereses en litigio, y por lo tanto pueden dar lugar a una falta de apariencia de independencia o de imparcialidad de dicho órgano susceptible de menoscabar la confianza que la Administración de Justicia debe inspirar en los justiciables en una sociedad democrática. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar, teniendo en cuenta todos los datos pertinentes de que disponga, si este es el caso de un órgano como la Sala Disciplinaria del Sąd Najwyższy (Tribunal Supremo). En tal supuesto, el principio de primacía del Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que obliga al órgano jurisdiccional remitente a dejar inaplicada la disposición del Derecho nacional que reserva la competencia para conocer de los litigios principales a dicho órgano, de modo que puedan ser examinados por un órgano jurisdiccional que satisfaga las mencionadas exigencias de independencia y de imparcialidad y que sería competente en el ámbito en cuestión si dicha disposición no se opusiera a ello”.

La jurisprudencia sentada por las anteriores sentencias tiene una repercusión fundamental para nuestro sistema actual de elección de vocales del CGPJ, todos provenientes de una decisión emanada del poder legislativo (sistema declarado constitucional por la ya analizada STC 108/86, de 29 de julio), porque permiten poner en duda que un modelo así garantice la independencia de los jueces

que son nombrados posteriormente por ellos. Frente a la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, que entendía que la independencia era una condición *subjetiva* de los jueces, pero no *institucional* del poder judicial, el TJUE sostiene que para conseguir la primera (independencia de cada juez) es necesario haber garantizado la segunda (independencia de su órgano de gobierno)⁴.

Otra importancia sentencia es la dictada por el TJUE, Gran Sala, C-824/2018, Krajowa Rada Sądownictwa, de 2 de marzo de 2021. Aquí el Tribunal Supremo contencioso-administrativo de Polonia le plantea al TJUE hasta tres cuestiones prejudiciales, siendo la principal la relativa a si el hecho de retirar a un órgano jurisdiccional nacional su competencia para conocer de los recursos interpuestos por candidatos a ocupar plazas de juez (contra una decisión tomada por un órgano de origen político), respeta el Derecho de la Unión. El TJUE concluye que “el artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, debe interpretarse en el sentido de que se opone a tales modificaciones cuando resulte, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente a partir del conjunto de elementos pertinentes, que pueden generar dudas legítimas, en el ánimo de los justiciables, en cuanto a la impermeabilidad de los jueces nombrados por el Presidente de la República de Polonia sobre la base de dichas decisiones de la Krajowa Rada Sądownictwa (Consejo Nacional del Poder Judicial) frente a elementos externos, en particular frente a influencias directas o indirectas de los poderes legislativo y ejecutivo, y en lo que

⁴ Así lo sostiene también ULLOA RUBIO, Ignacio: “la garantía subjetiva del derecho fundamental a la independencia judicial (parte del contenido esencial de la tutela judicial efectiva del art. 47 ChDFUE) pasa a exigirse por el TJUE institucionalmente al órgano de gobierno del Poder Judicial” (“La primacía del Derecho de la Unión en materia de Estado de Derecho: un repaso a la jurisprudencia del TJUE sobre la independencia judicial”, *La Ley Unión Europea*, n.º 104, junio 2022).

respecta a su neutralidad con respecto a los intereses en litigio y, por tanto, pueden dar lugar a una falta de apariencia de independencia o de imparcialidad de esos jueces susceptible de menoscabar la confianza que la Administración de Justicia debe inspirar en los justiciables en una sociedad democrática y un Estado de derecho”.

De nuevo insiste el TJUE en que la independencia, como la imparcialidad, no resulta solo una cuestión de *evidencias*, sino sobre todo y con carácter previo, de *apariencias* –porque está en juego el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva–, por lo que no resulta admisible que exista una injerencia (directa o indirecta) de los poderes ejecutivo y legislativo en la elección de los jueces, ni circunstancias que puedan poner en duda la existencia de motivos extrajurídicos que determinan su decisión.

Un caso aún más claro fue el resuelto por las Sentencias del TJUE C-83/19, Asociația ‘Forumul Judecătorilor din România’ vs. Inspekția Judiciară, C-127/19 y C-195/19; C-291/19, C-355/19 y C-397/19, de 18 de mayo de 2021, donde se declaran contrarias al Derecho de la Unión por vulnerar la independencia judicial las leyes nacionales que permitían al gobierno rumano nombrar miembros de los órganos disciplinarios de jueces y fiscales. Incluso en esta sentencia se va más allá y se permite a los órganos judiciales nacionales inaplicar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional rumano que resulte contraria con el concepto de independencia judicial europea.

De nuevo en relación con Polonia, se dictaron por el TJUE unos meses más tarde las Sentencias C-791/19, Comisión vs. Polonia, de 15 de julio de 2021, y C-487/19 W. Ż., de 6 de octubre de 2021. En la primera de ellas el TJUE considera contrario al Derecho de la Unión el régimen disciplinario de los jueces polacos, dado que entiende que la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo no cumplía con los requisitos de independencia e imparcialidad.

Pero más importancia aún tiene la segunda, donde se plantea precisamente la relación que existe entre la independencia y el derecho a un proceso debido: “107. Para asegurar que tal tribunal pueda garantizar la tutela judicial efectiva exigida en virtud del artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, resulta primordial preservar su independencia, como así lo confirma el artículo 47, párrafo segundo, de la Carta, precepto que, entre las exigencias vinculadas al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, menciona el acceso a un juez ‘independiente’ [sentencias de 18 de mayo de 2021, Asociația ‘Forumul Judecătorilor din România’ y otros, C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 y C-397/19, apartado 194 y jurisprudencia citada, y de 15 de julio de 2021, Comisión/Polonia (Régimen disciplinario de los jueces), C-791/19, EU:C:2021:596 apartado 57]. 108. Esta exigencia de independencia de los tribunales, inherente a la función jurisdiccional, está integrada en el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho fundamental a un proceso equitativo, que reviste una importancia capital como garante de la protección del conjunto de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables y de la salvaguarda de los valores comunes de los Estados miembros proclamados en el artículo 2 TUE, en particular el valor del Estado de derecho [sentencias de 20 de abril de 2021, Repubblica, C-896/19, EU:C:2021:311, apartado 51 y jurisprudencia citada, y de 15 de julio de 2021, Comisión/Polonia (Régimen disciplinario de los jueces), C-791/19, EU:C:2021:596, apartado 58]. 109. Con arreglo a reiterada jurisprudencia, las garantías de independencia e imparcialidad exigidas por el Derecho de la Unión postulan la existencia de reglas, especialmente en lo referente a la composición del órgano jurisdiccional, así como al nombramiento, a la duración del mandato y a las causas de inhibición, recusación y cese de sus miembros, que permitan excluir toda duda legítima en el ánimo de

los justiciables en lo que respecta a la impermeabilidad de dicho órgano frente a elementos externos y en lo que respecta a la neutralidad de este ante los intereses en litigio (sentencia de 20 de abril de 2021, *Repubblika*, C-896/19, EU:C:2021:311, apartado 53 y jurisprudencia citada). 110. A este respecto, resulta importante que los jueces se encuentren protegidos frente a intervenciones o a presiones externas que puedan amenazar su independencia. Las reglas aplicables al estatuto de los jueces y al ejercicio de sus funciones jurisdiccionales deben permitir, en particular, excluir no solo cualquier influencia directa, en forma de instrucciones, sino también las formas de influencia más indirecta que pudieran orientar las decisiones de los jueces de que se trate, y evitar de este modo una falta de apariencia de independencia o de imparcialidad de esos jueces que pudiera menoscabar la confianza que la Administración de Justicia debe inspirar en los justiciables en una sociedad democrática y un Estado de derecho (sentencia de 18 de mayo de 2021, *Asociația ‘Forumul Judecătorilor din România’* y otros, C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 y C-397/19, apartado 197 y jurisprudencia citada)”.

A renglón seguido, el TJUE insiste en la importancia de la inamovilidad como forma de garantizar la independencia de los tribunales: “111. La indispensable libertad de los jueces frente a cualquier injerencia o presión externa exige ciertas garantías, como la inamovilidad, idóneas para proteger la persona de quienes tienen la misión de juzgar [sentencia de 5 de noviembre de 2019, *Comisión/Polonia (Independencia de los tribunales ordinarios)*, C-192/18, EU:C:2019:924, apartado 112 y jurisprudencia citada]. 112. Habida cuenta de la importancia capital del principio de inamovilidad, solamente puede admitirse una excepción al mismo si está justificada por un objetivo legítimo y es proporcionada en relación con él, y siempre que no permita suscitar dudas legítimas en el ánimo de los justiciables en lo que

respecta a la impermeabilidad de los tribunales en cuestión frente a elementos externos y en lo que respecta a su neutralidad ante los intereses en litigio. Así, se admite de manera general que los jueces puedan ser cesados si no reúnen las condiciones de aptitud para continuar en el ejercicio de sus funciones por motivo de incapacidad o de falta grave, observando los procedimientos adecuados [véase, en este sentido, la sentencia de 5 de noviembre de 2019, Comisión/Polonia (Independencia de los tribunales ordinarios), C-192/18, EU:C:2019:924, apartados 113 y 115 y jurisprudencia citada]”.

En el presente caso, dado que se había producido un cambio de juez al margen de la ley, se considera que se ha producido una vulneración de su independencia: “114. Pues bien, los traslados de un juez a otro tribunal sin su consentimiento o, como ocurrió en el asunto principal, el traslado de un juez de una sección de un tribunal a otra sección del mismo tribunal sin su consentimiento también puede conculcar los principios de inamovilidad y de independencia judiciales. 115. En efecto, tales traslados pueden constituir un medio para ejercer control sobre el contenido de las resoluciones judiciales, puesto que, además de que pueden afectar a la extensión de las atribuciones de los jueces de que se trate y a la tramitación de las causas de que conozcan, pueden también tener consecuencias considerables en su vida y en su carrera profesional y, de tal forma, producir efectos análogos a los de una sanción disciplinaria”.

Así se concluye en el fallo de la resolución: “El artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, y el principio de primacía del Derecho de la Unión han de interpretarse en el sentido de que un tribunal nacional que conoce de una recusación que viene aparejada a un recurso mediante el que un juez de un órgano jurisdiccional que puede tener que interpretar y aplicar el Derecho de la Unión impugna la decisión por la que ha sido trasladado sin su consentimiento debe, cuando tal

consecuencia sea indispensable en vista de la situación procesal en cuestión para garantizar la primacía del Derecho de la Unión, reputar nulo y sin efecto un auto mediante el cual un órgano judicial unipersonal de última instancia desestimó dicho recurso, si del conjunto de condiciones y circunstancias en las que se desarrolló el proceso de nombramiento del juez que integra dicho órgano judicial unipersonal resulta que fue nombrado en manifiesta violación de las normas fundamentales que forman parte del establecimiento y del funcionamiento del sistema judicial de que se trata y que se pone en peligro la integridad del resultado al que condujo dicho proceso al suscitarse dudas legítimas en el ánimo de los justiciables en cuanto a la independencia y la imparcialidad del juez en cuestión, de suerte que no puede considerarse que dicho auto emana de un tribunal independiente e imparcial, establecido previamente por la ley, a los efectos del referido artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo”.

De esta sentencia también resulta interesante destacar cómo el uso de las sanciones y del régimen disciplinario puede afectar a la independencia del juez, por lo que sus normas reguladoras y la competencia para adoptarlas deben analizarse con el máximo cuidado: “113. A este respecto, según reiterada jurisprudencia, la exigencia de que los jueces sean independientes derivada del artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, obliga a que el régimen disciplinario aplicable a los jueces presente las garantías necesarias para evitar cualquier riesgo de que dicho régimen se utilice como sistema de control político del contenido de las resoluciones judiciales. El establecimiento de normas que definan, en particular, tanto los comportamientos constitutivos de infracciones disciplinarias como las sanciones concretamente aplicables, que prevean la intervención de un órgano independiente con arreglo a un procedimiento que garantice plenamente los derechos consagrados en

los artículos 47 y 48 de la Carta, especialmente el derecho de defensa, y que consagren la posibilidad de impugnar judicialmente las decisiones de los órganos disciplinarios, da lugar a un conjunto de garantías esenciales para preservar la independencia del poder judicial [sentencias de 18 de mayo de 2021, Asociația ‘Forumul Judecătorilor din România’ y otros, C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 y C-397/19, apartado 198 y jurisprudencia citada, y de 15 de julio de 2021, Comisión/Polonia (Régimen disciplinario de los jueces), C-791/19, EU:C:2021:596, apartado 61]”.

La última sentencia del TJUE que vamos a destacar es la proveniente de su Sala Cuarta, de 12 de mayo de 2022 (nº de recurso: C-644/2020). Allí se abordaba una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Sąd Okręgowy w Poznaniu (Tribunal Regional de Poznan, Polonia), mediante resolución de 10 de noviembre de 2020, relativa a la interpretación del artículo 3 del Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, aprobado en nombre de la Comunidad Europea por la Decisión 2009/941/CE del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, y en el contexto de un litigio entre un padre, por una parte, y sus dos hijos menores, legalmente representados por su madre, por otra, en relación con el pago de una pensión alimenticia reclamada al padre. Aquí la relevancia a los efectos que nos interesa no viene dada por el contenido de la cuestión prejudicial planteada (que era del siguiente tenor: “¿Debe interpretarse el artículo 3, apartados 1 y 2, del Protocolo de La Haya [...] en el sentido de que un menor acreedor [de alimentos] puede adquirir una nueva residencia habitual en un Estado en el que está retenido ilícitamente, cuando un órgano jurisdiccional ha ordenado su restitución al Estado en el que tenía su residencia habitual inmediatamente antes de la retención ilícita?”), sino porque ésta había sido

suscitada por un juez que se había incorporado al órgano judicial en comisión de servicio por decisión del ministro de Justicia polaco.

En esa sentencia, el TJUE se plantea si quien le ha suscitado la cuestión prejudicial “tiene la condición de ‘órgano jurisdiccional’ a efectos del artículo 267 TFUE, cuestión que depende únicamente del Derecho de la Unión, y por tanto para apreciar si la petición de decisión prejudicial es admisible, el Tribunal de Justicia deberá tener en cuenta un conjunto de factores, como son el origen legal del organismo, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del organismo de normas jurídicas, así como su independencia (véanse, en ese sentido, las sentencias de 9 de julio de 2020, Land Hessen, C-272/19, EU:C:2020:535, apartado 43, y de 29 de marzo de 2022, Getin Noble Bank, C-132/20, EU:C:2022:235, apartado 66)” (punto 45).

Y a continuación reflexiona el TJUE acerca de por qué la independencia del tribunal es fundamental en su consideración: “46. La independencia de los jueces de los Estados miembros reviste una importancia fundamental para el ordenamiento jurídico de la Unión Europea por diversos motivos. En particular, la mencionada independencia resulta esencial para el buen funcionamiento del sistema de cooperación judicial ínsito en el mecanismo de remisión prejudicial previsto en el artículo 267 TFUE, habida cuenta de que tal mecanismo únicamente puede activarlo un órgano que, con competencia para aplicar el Derecho de la Unión, se atenga, entre otros, al criterio de independencia (...) 47. Las garantías de independencia e imparcialidad exigidas en virtud del Derecho de la Unión postulan la existencia de reglas, especialmente en lo referente a la composición del órgano, así como al nombramiento, a la duración del mandato y a las causas de inhibición, recusación y cese de sus miembros, que permitan excluir toda duda legítima en el ánimo

de los justiciables en lo que respecta a la impermeabilidad de dicho órgano frente a elementos externos y en lo que respecta a su neutralidad con respecto a los intereses en litigio”.

El TJUE concluye que, en este caso, no hay duda que quien plantea la cuestión es un verdadero tribunal, dado que “el Sąd Okręgowy w Poznaniu (Tribunal Regional de Poznan) se encuentra, como tal, entre los órganos jurisdiccionales polacos ordinarios” (punto 48). Pero cuestión distinta es si su concreta composición puede no respetar la exigencia de independencia e imparcialidad que los jueces que integran un órgano jurisdiccional han de tener necesariamente. En este caso, el TJUE no tiene pruebas de que se hayan visto afectadas ambas condiciones, por lo que admite la cuestión prejudicial; pero lo importante es destacar cómo, cuando ese riesgo se vea acreditado, no cabe considerar como verdadero órgano jurisdiccional al que en su origen careció de independencia e imparcialidad.

En definitiva, el TJUE entiende que los tribunales de los Estados son también tribunales de la Unión, porque, entre otras cosas, aplican Derecho de la Unión. Y, por lo tanto, tienen que tener la independencia que viene exigida por el artículo 19.1 TUE, el artículo 47 CDFUE y el artículo 2 TUE⁵.

⁵ Así lo señala UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio: “En la medida en que el Juez nacional es también Juez de la Unión Europea, el Derecho de la Unión debe velar porque su función jurisdiccional –consistente, también, en garantizar la plena aplicación del Derecho de la Unión– pueda ser desarrollada conforme a las exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial y al valor Estado de Derecho reconocidos en la Unión [arts. 19.1(2) TUE, 47 Carta DFUE y art. 2 TUE]. De la jurisprudencia del TJ se deduce que el respeto de la independencia judicial –según estándares europeos– es una exigencia primordial en este sentido” (“Tutela judicial efectiva y Estado de Derecho en la UE y su incidencia en la Administración de Justicia de los Estados miembros”, UNED. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 46, 2020, pág. 339).

5. La interpretación del TEDH sobre lo que debe entenderse por “un juez independiente e imparcial”

Como ya se ha indicado, cuando el artículo 47 CDFUE establece el derecho de toda persona a ser oída y a que la propia pretensión la resuelva un juez independiente e imparcial, no hace sino reproducir literalmente el derecho previamente reconocido en el artículo 6.1 CEDH, a cuyo tenor: “toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley”. Por lo tanto, también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se ha pronunciado sobre el contenido del citado derecho, aunque sus pronunciamientos no han tenido la importancia que los últimos emitidos por el TJUE, al estar aquellos más centrados en el caso particular (es decir, en el derecho subjetivo), más que en lo general (y en las implicaciones institucionales que eso comporta).

Por destacar alguna de sus resoluciones, en su sentencia de la Sección 1ª, de 21 de septiembre de 2006, recurso núm. 59892/2000 (caso Maszni contra Rumanía), el TEDH consideró que los órganos de la jurisdicción militar rumana no pueden considerarse que gocen de independencia e imparcialidad para juzgar conductas realizadas por civiles. Dos días antes, en la Sentencia de su Sección 4ª, de 19 de septiembre de 2006, recurso núm. 70084/2001 (caso Kabasakal y Atar contra Turquía), no consideró sin embargo vulnerado el art. 6.1 CEDH, porque en ese caso se había sustituido antes del juicio al juez militar por otro civil, habiendo tomado el primero decisiones sin apenas trascendencia para el enjuiciamiento.

Más que sobre la independencia judicial, la doctrina del TEDH ha sido relevante en relación con la imparcialidad. De las sentencias dictadas en relación con tal materia resalta sobremanera la dictada por la Sección 3ª, de 6 de noviembre de 2018, recurso núm. 4184/2015

(caso Otegi Mondragón y otros contra España), donde se sientan principios generales acerca de la imparcialidad. En este caso, se estimó la demanda presentada por entender el TEDH que “el hecho de que la Presidenta del Tribunal hubiera usado públicamente expresiones que implicaban que ya se había formado una opinión desfavorable en relación al primer demandante antes de que el caso se hubiera resuelto, aparece como claramente incompatible con su participación en el segundo procedimiento criminal” (punto 65).

Al margen de la decisión concreta para ese caso, el TEDH aprovecha la ocasión para reflexionar acerca de cuál es el contenido esencial del derecho que se tiene a que el propio asunto sea conocido por un juez imparcial: “52. Este Tribunal reitera que la imparcialidad normalmente supone la ausencia de prejuicio o predeterminación y que su existencia o inexistencia se puede analizar desde varias perspectivas. De acuerdo con la doctrina reiterada de este Tribunal, la existencia de imparcialidad a los efectos del artículo 6.1 debe ser analizada de acuerdo con un criterio subjetivo teniendo en cuenta las convicciones personales y el comportamiento de un juez en particular, es decir, analizando si el juez se encontraba afectado por cualquier prejuicio personal o predeterminación en relación a un concreto caso; y también de acuerdo con un criterio objetivo, es decir, analizando si el Tribunal en sí mismo y, entre otros aspectos, su composición ofrecían suficientes garantías para excluir cualquier duda legítima relativa a su imparcialidad (véase, por ejemplo, *Kyprianou vs. Chipre* [GC], n° 73797/01, § 118, TEDH 2005-XIII; y *Micallef vs. Malta* [GC], n° 17056/06, § 93, TEDH 2009)”.

Dejando al margen el criterio subjetivo, respecto del objetivo se señala que “55. Centrándose en el criterio objetivo se debe analizar si, con independencia del comportamiento del juez, existen hechos acreditados que pudieran generar dudas sobre su imparcialidad. Esto su-

pone que a la hora de decidir sobre si en un caso concreto hay una razón justificada para temer que un juez en concreto o una Sala carecen de imparcialidad, el punto de vista de la persona afectada es importante pero no decisivo. Lo que es decisivo es determinar si dicho temor puede considerarse objetivamente justificado (véase Micallef, anteriormente citado, § 96). 56. El criterio objetivo en gran medida lleva a analizar los vínculos jerárquicos o de otra naturaleza que existen entre el juez y los otros protagonistas de un procedimiento (ibid. § 97). Por lo tanto, se debe analizar en cada caso concreto si dicho vínculo es de tal naturaleza e intensidad como para implicar una falta de imparcialidad por parte del tribunal (véase Pullar, anteriormente citado, § 38). 57 En este sentido, incluso las apariencias pueden alcanzar una cierta importancia o, en otras palabras, “la justicia no sólo tiene que aplicarse, sino que también debe ser aparente que se administra” (véase De Cubber, anteriormente citado, § 26). Lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar en los ciudadanos en una sociedad democrática. Por lo tanto, cualquier juez respecto del cual pueda existir un motivo legítimo para temer de su falta de imparcialidad debe abstenerse (véase Castillo Algar vs. España, de 28 de octubre de 1998, § 45, Informes 1998-VIII; and Micallef, anteriormente citado, § 98)”.

Por lo tanto, la imparcialidad no implica solo que el juez no tiene que tener relación o interés alguno –directa o indirectamente– con la cuestión que se decide, o con cualquiera de las partes, o con el propio proceso (por haberlo conocido en una anterior instancia o recurso), sino con cualquier otra situación o circunstancia que pudiera hacer pensar que su decisión se encuentra influida por ella. Aquí, la independencia y la imparcialidad se acercan y no siempre resulta sencilla su diferenciación.

Sin embargo, pensamos que existe un criterio que permite separar ambas. La independencia (o su contrario, la dependencia) se

predica en abstracto, con carácter general y absoluto, al margen del caso concreto, mientras que la imparcialidad necesariamente tiene un carácter relativo, vinculado a un supuesto en particular. Es decir, si alguien ejerce influencia sobre un juez (o sobre los jueces en general), porque puede ascenderlos, o cesarlos, o trasladarlos, o modificar sus emolumentos, o ejercer violencia contra ellos o sus allegados, etc., colocándolos en todos esos supuestos en una situación de dependencia, tal situación está siempre presente –por emplear una terminología aristotélica, estaría constantemente “en potencia”–, pudiendo *activarse*, convertirse en acto, en el momento que resulte necesario. Sin embargo, la imparcialidad supone la pérdida (o el riesgo de pérdida) de la neutralidad a la hora de tomar una decisión concreta por la especial cercanía con la cuestión a dilucidar, o con alguna de las partes en litigio, o con el propio desarrollo del proceso.

Es claro que un juez independiente puede ser parcial cuando decide asuntos en los que está directa o indirectamente implicado, y que un juez dependiente puede ser imparcial si conoce una controversia que carece de interés para él y para quien tiene poder sobre él. Pero la única manera de asegurar la imparcialidad absoluta es la independencia, porque el juez dependiente siempre tendrá el riesgo de ser parcial cuando aquel de quien depende le señale cuál es el interés que debe satisfacer.

6. La independencia judicial y el derecho a obtener una tutela judicial efectiva

Como ya se ha señalado, la independencia en general supone la ausencia de vínculos (internos y externos) que determinan la propia conducta. Solo se es independiente cuando se actúa atendiendo a las propias motivaciones, y no a lo impulsado o decidido por otro. Según la CE, la única motivación del poder judicial ha de ser la apli-

cación del Derecho (“sometidos únicamente al imperio de la ley”). Por eso, cualquier decisión que adopten los tribunales que no pueda justificarse por razones jurídicas, sino que responda a otro tipo de motivos (especialmente de naturaleza política), permite poner en cuestión la independencia de quienes la tomaron⁶.

Aquí es donde puede entrar en juego la doctrina que hemos expuesto del TJUE acerca de la independencia judicial. Si pretendidos tribunales “independientes” tienen un origen político (puesto que sus miembros han sido elegidos por órganos de composición política) y les corresponde decidir sobre cuestiones que interesan a aquellos que los han designado, nace la duda acerca de si su resolución responderá a criterios exclusivamente jurídicos o, por el contrario, de otra naturaleza. Y como dice la sentencia, ya analizada, del TJUE de 12 de mayo de 2022 (nº de recurso: C-644/2020), la independencia exige “excluir toda duda legítima en el ánimo de los justiciables en lo que respecta a la impermeabilidad de dicho órgano frente a elementos externos y en lo que respecta a su neutralidad con respecto a los intereses en litigio”.

Como se comprueba de la lectura de la jurisprudencia expuesta hasta este momento, los tribunales supranacionales europeos (TJUE y TEDH) vinculan directamente el derecho a la tutela judicial efectiva

⁶ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, señala a este respecto que la independencia judicial se caracteriza por “ausencia de jerarquía” y “sometimiento exclusivo al Derecho”. Y de modo muy interesante pone en relación ambas características con el hecho de que el poder judicial no tenga que tener, a diferencia del resto de poderes del Estado, una legitimación democrática directa, porque el poder judicial no puede actuar movido por la discrecionalidad política, sino que únicamente debe atender al ordenamiento jurídico. En relación con el poder judicial, “la legitimación democrática deriva directamente de la Constitución, que ha querido que haya una instancia de poder independiente, sometida únicamente al imperio de la ley y no a opciones políticas” (*Comentarios a la Constitución española*, Art. 117, dir. CASAS BAAMONDE y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Fundación Wolters-Kluwer, Madrid, 2008, pág. 1837).

—que se reconoce a todos los ciudadanos europeos— con la existencia de unos jueces independientes e imparciales. Como afirma Ugarte-mendia Eceizabarrena, no se trata tanto de la dimensión subjetiva del derecho fundamental, sino la objetiva, la sistémica, la que configura la existencia del Estado de derecho⁷. Es decir, que el ciudadano tiene derecho a que el sistema político le garantice que el juez que conocerá de su asunto es independiente, es decir, que en él no concurre ningún factor o circunstancia que pueda poner en cuestión que su decisión responde únicamente a criterios jurídicos.

Esa exigencia se compatibiliza mal con algunas medidas que llevan decenios funcionando en España, y que han contribuido a crear la idea en la opinión pública de que el poder judicial, especialmente en sus altas instancias, no es del todo independiente⁸. La

⁷ UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I.: “La dimensión objetiva, estructural o sistémica del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva está directamente ligada a la existencia del Estado de Derecho, y, por ende, del resto de los derechos y valores del ordenamiento. Si falla esta dimensión, no sólo falla mi derecho subjetivo a la protección judicial en un caso concreto, sino que lo que desaparece es el Estado de Derecho y el sistema de la protección de los derechos. Pues bien, como decía, será esta dimensión objetiva del derecho fundamental a la tutela judicial reconocido en la Unión la que actúa como límite de las medidas nacionales relativas a la Administración de Justicia, y la que posibilita un control de europeidad sobre las mismas” (op. cit., pág. 310).

⁸ En el informe de la Reseau Européen des Conseils de la Justice (RECJ) sobre independencia, rendición de cuentas y calidad del poder judicial 2018 2019 —aprobado en la Asamblea General de Bratislava de 7 de junio de 2019—, se preguntaba a los jueces de los países europeos sobre su percepción acerca de su propia independencia. Aunque en el caso de España el índice de respuestas fue muy bajo (el cuarto más bajo, detrás de Rumanía, Croacia y Alemania, no llegando al 15%), los jueces españoles que contestaron a la cuestión situaron su autopercepción de independencia cerca del 8 (sobre un máximo de 10, al que casi llegaban Reino Unido y los países nórdicos). Sin embargo, cuando en ese mismo informe se recoge la opinión de los abogados españoles sobre la independencia de sus tribunales, la puntuación obtenida apenas supera el 6 (informe disponible en la página web del CGPJ: www.poderjudicial.es).

principal es la designación de los magistrados del Tribunal Supremo por decisión discrecional del CGPJ, un órgano elegido desde 1985 íntegramente por políticos (aunque sus vocales no lo sean) y conforme a cuotas de poder parlamentario. Pero existen otras disposiciones aún más discutibles, como la que establece la elección de un magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de cada Comunidad Autónoma por el CGPJ, previa propuesta vinculante de la Asamblea Legislativa de la respectiva Comunidad Autónoma (artículo 330.4 LOPJ); o la muy reciente reforma legal que impide al CGPJ elegir magistrados del Tribunal Supremo (artículo 570 bis LOPJ) cuando sus vocales han finalizado su mandato y se mantienen en funciones, una reforma indudablemente restrictiva que solo se justifica por razones políticas⁹.

⁹ ULLOA RUBIO, I., considera que, en estos casos donde se afecta a la independencia judicial, no debería plantearse una cuestión prejudicial, sino directamente aplicar el Derecho europeo o, dicho de otra forma, inaplicar la normativa nacional. Este planteamiento tiene una importante consecuencia, que recoge el propio autor como corolario de su trabajo en la nota a pie de página núm. 15: “(15) La aplicación de esta tesis, en el caso español de los recursos de inconstitucionalidad sobre la LO 4/2021 sería drástica: los arts. 570 bis y 598 bis LOPJ (LO 4/21) deberían ser expulsados del Ordenamiento Jurídico español por el juez constitucional a quo, al resultar palmariamente contrarios a los arts. 19.1.2º TUE y 47.2º ChDFUE; debiendo proceder el TC (y el resto de los operadores jurídicos –incluidos los administrativos e institucionales–) a aplicar la LOPJ en su versión inmediatamente anterior al 29/03/2021. Ello rehabilitaría al Órgano de Gobierno del Poder Judicial de España en su plenitud de competencias, y –entre otras cosas– posibilitaría efectuar los nombramientos de Magistrados del TS, de Presidentes del TS, AN, TSJ y AP, y efectuar la propuesta puntual de candidatos a Magistrados del TC, eliminando la parálisis institucional generada (en el CGPJ, en el Gobierno y ulteriormente en el TC) con la reforma de la LO 4/2021 (consecuencia de la falta de acuerdo político), permitiendo el normal funcionamiento de aquellos tribunales, y recuperando la normalidad del Estado de Derecho en España (proclamada por el art. 1.1 CE)”.

Cuando se ve cuál ha sido el camino que determinadas democracias denominadas iliberales han transitado para controlar el poder judicial¹⁰, asusta comprobar cómo en España se han defendido propuestas que van en ese mismo sentido: así, la búsqueda de fórmulas jurídicas por parte del actual Gobierno de PSOE-Unidas Podemos por controlar el Tribunal Constitucional para que este dé el visto bueno a sus reformas legislativas¹¹; o el intento de que los miembros del órgano que designa a los magistrados del Tribunal Supremo fueran elegidos por mayoría absoluta (en vez de la actual reforzada, que exige los tres quintos) del Congreso y del Senado¹², lo que solo se consiguió detener gracias a la presión de la Comisión Europea; o la propuesta de Unidas Podemos (socio de gobierno del PSOE) de implementar nuevos sistemas de acceso a la carrera ju-

¹⁰ KRZYWO, Adam, expone cómo en Polonia el poder político se ha lanzado al asalto del poder judicial a través de diversas medidas: destitución de jueces, incremento del número de jueces en un órgano para decantar la mayoría a favor del gobierno, la prórroga o reducción del mandato del juez... Muchas de esas medidas son precisamente las que han obligado al TJUE a actuar en defensa de la independencia judicial. Pero no hay que ignorar que esas actuaciones formaban parte de un plan aún más ambicioso, que tenía como objetivo el control absoluto del poder judicial: “Todo empezó con la captura del Tribunal Constitucional con el fin de convertirlo en un órgano dispuesto a legitimar los controvertidos cambios legislativos (Brzozowski, 2019: 371-382; Garlicki, 2019: 141-162; Sadurski, 2019b: 63-84). Las etapas siguientes fueron el asalto a la independencia del Tribunal Supremo, Consejo Nacional del Poder Judicial y los tribunales ordinarios (Sadurski, 2019a: 97-126)” (“La defensa y el desarrollo del principio de independencia judicial en la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 119, 2020, pág. 89).

¹¹ Titular del diario digital *El Español* del 24 de junio de 2022: “El Gobierno cambia su propia reforma del Poder Judicial para hacerse ya con el control del TC” (https://www.elespanol.com/espana/tribunales/20220623/gobierno-reforma-poder-judicial-hacerse-inmediato-tc/682432252_0.html)

¹² Titular del diario digital *El Independiente* del 13 de octubre de 2020: “PSOE y Podemos quieren rebajar la mayoría parlamentaria para elegir a los vocales del CGPJ” (<https://www.elindependiente.com/espana/2020/10/13/psoe-y-podemos-quieren-rebajar-la-mayoria-parlamentaria-para-elegir-a-los-vocales-del-cgpi/>).

dicial más ideologizados, en vez del vigente que se basa en una oposición donde solo se considera el mérito y la capacidad¹³.

Hay que recordar a este respecto que ese asalto al poder judicial ya fue intentado –y en parte conseguido– por el PSOE en 1985, a los pocos años de llegar al poder y haciendo uso de la amplísima mayoría absoluta con la que contaba en esa época. En concreto, la ya citada LOPJ contenía tres medidas –muy similares a las que hemos visto que han adoptado las autoridades políticas polacas– que, con la nueva doctrina del TJUE, indudablemente se hubiera considerado que afectaban a la independencia judicial: las ya citadas de la elección de todos los vocales del CGPJ por órganos políticos y de la jubilación forzosa de los magistrados mayores de 65 años, y una tercera consistente en permitir el acceso a la carrera judicial por el “cuarto turno”, es decir, sin oposición y mediante concurso enjuiciado por una Comisión nombrada por el CGPJ. De ahí nacen parte de los males actuales de la Justicia española, y hasta que no se revierta al menos el sistema de elección de los vocales judiciales del CGPJ, no se conseguirá una mejor imagen del poder judicial en lo que se refiere a su carácter independiente.

Como ya se ha señalado, el TJUE ha vinculado la independencia judicial con el derecho a la tutela judicial efectiva. El Tribunal Constitucional español ha ido delineando a lo largo de los años el contenido esencial de dicho derecho, reconocido en el ar-

¹³ Titular del diario digital *20 minutos* del 13 de septiembre de 2021: “Podemos propone sustituir la oposición a juez por un ‘MIR judicial’ para acabar con el ‘sesgo de clase’ de los magistrados” (<https://www.20minutos.es/noticia/4818994/0/podemos-propone-sustituir-la-oposicion-a-juez-por-un-mir-judicial-para-acabar-con-el-sesgo-de-clase-de-los-magistrados/>).

título 24.1 CE, de manera que en la actualidad abarca una gran pluralidad de dimensiones: la de acceder a los Tribunales, obtener una sentencia motivada y congruente, recurrir si está previsto el recurso, solicitar medidas cautelares, la intangibilidad de las ejecuciones, etc. Pues bien, es posible que, de futuro, y al hilo de algún caso donde se relacione de forma especialmente intensa la decisión de un juez con los intereses de quien le nombró, pueda incluir una nueva dimensión cual es la de que el juez o magistrado cuente con la suficiente independencia (o apariencia de independencia) respecto del poder político que le eligió (y le controla de manera indirecta).

Por su parte, el derecho a un proceso con todas las garantías puede considerarse que constituye una dimensión específica del derecho a la tutela judicial efectiva que ha conseguido alcanzar su propia individualidad, autonomía y reconocimiento en el artículo 24.2 CE¹⁴. A su vez, dicho derecho tiene diversos contenidos, entre ellos el de que la sentencia dictada provenga de un juez independiente e imparcial¹⁵. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre la independencia del juez apenas existe, siendo mucho más habitual la que

¹⁴ Así lo señala, v.g. la magistrada MONTALBÁN HUERTAS en su voto particular a la reciente STC 66/2022, de 2 de junio: "... así como su derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, en su vertiente de derecho a un proceso con todas las garantías y sin indefensión..."

¹⁵ Otro contenido o dimensión de ese derecho a un proceso con todas las garantías sería el de igualdad de armas procesales, como señala la STC 165/2020, de 16 de noviembre: "Se han vulnerado los derechos de la recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y al principio de igualdad de armas procesales, faceta del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) como pone de relieve la doctrina constitucional citada en el anterior fundamento jurídico".

decide acerca de casos donde se debate si el Tribunal juzgador ha perdido o no su imparcialidad¹⁶.

Pues bien, teniendo en cuenta todo lo expuesto en el presente trabajo, hay que concluir que, tanto en el ordenamiento jurídico español, como en la normativa de la Unión Europea, cualquier persona tiene derecho a la tutela por parte de los órganos del poder judicial, y eso incluye el derecho a que el tribunal que decide su asunto sea independiente e imparcial. La cuestión es qué debe entenderse por juez independiente. Y es en este punto donde el TJUE ha ido más allá que nuestro Tribunal Constitucional, exigiendo rodear a los tribunales nacionales de unas garantías en cuanto a la forma de elección de sus integrantes, así como de quien ejerce las funciones de promoción y control sobre ellos, que en España no hemos implementado aún. Por lo tanto, para evitar que en algún momento se pueda poner en cuestión la independencia de nuestro poder judicial, resulta in-

¹⁶ Por ejemplo, en la reciente STC 180/2021, de 25 de octubre, se debatía sobre si los magistrados que decidieron sobre el recurso de apelación que interpuso contra la sentencia que le condenó por un delito de malos tratos habituales en el ámbito doméstico –recurso que fue desestimado– eran o no imparciales, al ser los mismos que anularon su previa absolución en la misma causa (lo que significa que ya habían examinado el material probatorio y se habían formado un juicio previo sobre su culpabilidad). El Tribunal Constitucional estima el amparo y considera que no existió la imparcialidad exigible, y apunta lo relevante para realizar el juicio de constitucionalidad: “Lo decisivo para apreciar la imparcialidad judicial es, tal y como señalamos en la STC 143/2006, de 8 de mayo, FJ 3, ‘el criterio material que anima la apreciación de la pérdida de imparcialidad más que el concreto tipo de actuación judicial del que pretendidamente se derivaría la pérdida de imparcialidad’; por lo que ‘deben considerarse objetivamente justificadas las dudas sobre la imparcialidad judicial y, por tanto, vulnerado el derecho al juez imparcial, cuando la decisión a la que se pretende vincular la pérdida de imparcialidad se fundamenta en valoraciones que resulten sustancialmente idénticas a las que serían propias de un juicio de fondo sobre la responsabilidad penal, exteriorizando, de este modo, un pronunciamiento anticipado al respecto”.

dispensable que se proceda a remover de nuestro ordenamiento aquellas disposiciones legales que suponen una injerencia de los poderes ejecutivo y legislativo en el poder judicial.

7. Bibliografía

- ARIAS RODRÍGUEZ, J. M., “Sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Diario La Ley*, nº 9982, Sección Doctrina, 4 de enero de 2022.
- CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, M., “La protección de la independencia judicial en el derecho de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 65, 2020.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Comentarios a la Constitución española*, Art. 117, dir. CASAS BAAMONDE y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-RERRER, Fundación Wolters-Kluwer, Madrid, 2008.
- KRZYWO, A., “La defensa y el desarrollo del principio de independencia judicial en la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 119, 2020.
- LÓPEZ MARTÍN, A. G., *Los Estados fallidos: un análisis desde el Derecho internacional*, Ed. Publicia, 2015.
- UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I., “Tutela judicial efectiva y Estado de Derecho en la UE y su incidencia en la Administración de Justicia de los Estados miembros”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 46, 2020.
- ULLOA RUBIO, I., “La primacía del Derecho de la Unión en materia de Estado de Derecho: un repaso a la jurisprudencia del TJUE sobre la independencia judicial”, *La Ley Unión Europea*, nº 104, junio 2022.

IGNACIO ASTARLOA HUARTE-MENDICOA

Académico de número de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación de España

La independencia judicial y la relación entre jueces en la Unión Europea

1. La confianza entre jueces europeos como elemento fundamental para la Unión

Es bien sabido que la primera conformación de la Comunidad Económica Europea no puso en primer plano una unión jurídica. No lo es menos que según la Unión Europea ha ido creciendo ha tenido que desarrollarse inevitablemente también como una “comunidad de derecho”, comunidad que constituye hoy un elemento estructural fundamental para el mantenimiento y progreso del mercado interior en un espacio sin fronteras interiores y para consolidar la sustancia constitucional de la Unión sobre la base de unos valores y unos principios que se comparten y se aplican por todos.

Esta “comunidad de derecho” se conforma en primer término con las normas que van aprobando las instituciones de la Unión. Un derecho común que se ha ido incorporando a los ordenamientos de los países miembros bien mediante normas comuni-

tarias de aplicación directa, bien mediante resoluciones que llevan a armonizar los ordenamientos nacionales.

Ello llama al legislador comunitario y también, frecuentemente, a los legisladores de los Estados miembros, pero también, y no de forma menos esencial, a los jueces, porque se trata de un derecho a respetar y hacer respetar por todos en virtud de los principios de primacía, eficacia directa y aplicación uniforme. Así, si su aplicación efectiva depende, en último término, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, titular además de la potestad de resolver recursos de incumplimiento y de la consecuente imposición de multas (arts. 258 y ss. del Tratado), su garantía es, sin embargo, de carácter dual y cooperativo (art. 19 TUE), dado que los jueces nacionales, por su parte, han de aplicarlo y hacerlo cumplir directamente en los países miembros, pudiendo además plantear, en su caso, la cuestión prejudicial ante el TJUE (art. 67 TUE).

La comunidad jurídica requiere, en consecuencia, un primer engranaje de colaboración judicial para la aplicación de normas comunitarias entre Luxemburgo y cada uno de los poderes judiciales de los Estados miembros.

Pero la significación de este escenario cooperativo judicial para la Unión es más profunda. El desarrollo del denominado “espacio de libertad, seguridad y justicia” ha sumado, además, junto a una serie de políticas comunes sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración, o para la cooperación policial, la vía complementaria y valiosísima del reconocimiento mutuo de decisiones judiciales, cuya base esencial es la confianza entre los jueces de los distintos países miembros. Un recurso tan importante para la Unión que ha llegado a describirse la libre circulación de resoluciones judiciales como una quinta libertad, junto al cuarteto conocido de libertades económicas básicas.

La secuencia es bien conocida. Prescindiendo de los antecedentes que desde los años setenta fueron desarrollando la cooperación judicial como colaboración intergubernamental fuera del marco comunitario (con frutos de tanta solera como el Convenio de Bruselas de 1968, hoy Bruselas I), los Tratados de Maasticht (en vigor desde el 1 de noviembre de 1993) y de Ámsterdam (en vigor desde el 1 de mayo de 1999) pusieron las bases para el nacimiento de este espacio de justicia, y en Tampere, en octubre de 1999, en la primera cumbre consagrada a la Justicia y a los asuntos de Interior, el Consejo Europeo “hace suyo el principio del reconocimiento mutuo que, a su juicio, debe ser la piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal en la Unión”, aplicándose tanto “a las sentencias como a otras resoluciones de las autoridades judiciales” (Conclusión de la Presidencia, núm. 33)¹.

Desde entonces, el reconocimiento mutuo de decisiones judiciales ha ido sumando frutos extraordinarios. Tradicionalmente en el ámbito de derecho privado, en el que ya el Tratado de Ámsterdam había trasladado la cooperación del tercer al primer pilar y sobre el que Tampere planteó reducir los procedimientos intermedios que aún seguían exigiéndose para el reconocimiento y ejecu-

¹ Ya el Plan de acción del Consejo y de la Comisión, adoptado el 3 de diciembre de 1998, sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación del espacio de libertad, seguridad y justicia había dispuesto que se iniciase un proceso destinado a facilitar el reconocimiento mutuo de las resoluciones y la ejecución de las sentencias en materia penal en un plazo de dos años a partir de la entrada en vigor del Tratado. En el Programa de Medidas subsiguiente a Tampere, adoptado por Consejo y Comisión en julio de 2000, específicamente para poner en práctica el principio del reconocimiento mutuo en materia penal, se detallaron 24 medidas (DO 2001, C 12, de 15 de enero de 2001).

ción de una resolución o sentencia²; ello acompañado del establecimiento de normas mínimas sobre aspectos concretos del derecho procesal civil. Hoy el ámbito de la cooperación judicial civil se compone de muy numerosos instrumentos –muchos de ellos incluidos en una lista importante de reglamentos de directa aplicación³–, bajo el paraguas del Título V TFUE, que ha refrendado las líneas básicas de esta cooperación, incluyendo el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil (arts. 67.4 y 81.1).

Posteriormente, desde comienzos de siglo, el reconocimiento mutuo llegó también al ámbito del derecho penal⁴, a partir de la puesta en marcha de ese instrumento especialmente incisivo y original

² Comenzando a tal efecto con los expedientes relativos a demandas de consumidores o de índole mercantil de menor cuantía y en determinadas sentencias en el ámbito de los litigios familiares, como las demandas de pensión alimenticia y derechos de visita. Vid., por todos, A. Borrás Rodríguez: “Significado y alcance del espacio judicial europeo en materia civil: hacia la reforma del Título IV TCE”, en *Noticias de la UE* 2003, núm. 225, págs. 11-20.

³ Para empezar, el Reglamento de cabecera relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de 2001 (hoy actualizado en la refundición última de 2012 y complementado con el conocido como Bruselas II bis, hoy también refundido en texto de 2019). También otros Reglamentos como los que han regulado la notificación y el traslado de documentos judiciales y extrajudiciales (2000, hoy texto refundido de 2020), la cooperación en la obtención de pruebas (2001, hoy también texto de 2020), la justicia gratuita (2003), el título ejecutivo europeo para créditos no impugnados (2004), un proceso monitorio europeo (2006), un proceso europeo de escasa cuantía (2007), la ley aplicable a las obligaciones extrajudiciales (Roma II, 2007), la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), obligaciones de alimentos (2008), divorcio y separación (2010), sucesiones (2012), procedimientos de insolvencia (refundido 2015), o regímenes económicos matrimoniales (2016).

⁴ Sobre el que la Conclusión 34 de Tampere instó a los Estados miembros a que ratificasen con celeridad los Convenios de extradición de la UE de 1995 y 1996, y también a aplicar el reconocimiento mutuo para permitir actuar con rapidez para obtener pruebas y embargar bienes. Invitando a su vez a la Comisión a formular propuestas para “considerar procedimientos acelerados de extradición, respetando el principio de juicio justo”.

que es la orden de detención europea y de los procedimientos de entrega entre Estados miembros (“euroorden”), introducida en 2002 por la Decisión Marco 2002/584/JAI, de 13 de junio (luego reformada por la Decisión Marco 2009/299/JAI, de 26 de febrero). Mecanismo calificado repetidamente por las instituciones comunitarias como el “exponente principal del espacio de libertad y justicia”, que lleva la confianza al extremo de comprometer a los órganos judiciales de cada Estado miembro a dar cumplimiento a requerimientos provenientes de los órganos judiciales de otro Estado miembro en materia penal, sin entrar a examinar el fondo ni prejuzgar el enjuiciamiento final que vaya a merecer el caso. Sustituyendo así el secular procedimiento de extradición, con sus clásicas cargas de doble tipificación y doble examen, para una lista importante de delitos, restando con ello complejidad, retraso e intergubernamentalidad (y eventual politización) a la detención y enjuiciamiento de delincuentes que, de otro modo, podían beneficiarse de la Europa sin fronteras, mientras estas se mantenían para su persecución por los Estados miembros.

Poner en pie en tales condiciones instrumentos de colaboración tan intensos entre los poderes judiciales, primero de quince países y luego de casi treinta, ha sido cualquier cosa menos sencilla. Ni fue pacífico en origen, ni ha estado carente de dificultades para desarrollarse durante veinte años, ni se libra hoy de problemas muy serios, como luego veremos.

En origen, la libre circulación de decisiones judiciales se cuestionó, para empezar, desde la soberanía nacional de los Estados miembros, a la que se vinculaba indisociablemente el procedimiento secular de extradición. Y en el momento de la aprobación de la euroorden, todo fue debatible y debatido, porque todo estaba por decidir. Cuestiones, entre otras, tan relevantes como el instrumento

normativo a utilizar (finalmente decisiones marco frente a convenios o incluso directivas), la fecha de entrada en vigor y la posibilidad de aplicarla a los delitos cometidos con anterioridad, la lista de delitos incluidos (en positivo) o excluidos (en negativo) y la definición precisa de los delitos afectados así como de los umbrales de pena a partir de los cuales aplicar la euroorden, la frontera entre los delitos que generaban la entrega automática o los que se sometían a doble incriminación, el eventual sometimiento del reconocimiento mutuo (o al menos, de la supresión de la doble incriminación) a la previa armonización de la regulación de los delitos en las legislaciones nacionales o a la previa ratificación de los convenios internacionales pendientes (en este caso, en relación con el delito de terrorismo), la posibilidad de entregar nacionales, la existencia de controles materiales o solo formales por parte de los jueces del Estado ejecutor (y la excepcionalidad del rechazo al reconocimiento y ejecución de una resolución, a partir de un listado tasado de motivos de denegación), las cuestiones procesales y los plazos, la propuesta española de incluir una entrega temporal o el desplazamiento de los jueces del país solicitante hasta el traslado del delincuente, o la situación del detenido que no hubiera sido trasladado al final del plazo requerido.

Pero, superándose complejidades y desacuerdos, fue posible finalmente forjar un complejo acuerdo en el Consejo JAI de 6 y 7 de diciembre de 2001, y ya bajo la presidencia española de la Unión, en el primer semestre de 2002, la consiguiente Decisión Marco 2002/584/JAI, se firmó el 13 de junio de 2002.

No puedo detenerme aquí en las vicisitudes extraordinarias del proceso que se desarrolló entre 2000 y 2002 hasta concretar, con la aprobación de la euroorden, este decisivo momento fundacional del reconocimiento judicial mutuo europeo en materia penal. Pero tuve entonces el privilegio y el honor de vivirlo directamente

en mi condición, en aquellas fechas, de subsecretario del Ministerio de Justicia, y puedo dejar testimonio de que en aquellos meses, en los que se intercambiaron con crudeza objeciones sobre tantos aspectos de la euroorden como los antes enumerados, no se explicitó sin embargo una discrepancia significativa sobre la circunstancia básica de considerar a los poderes judiciales de todos los Estados miembros dignos de tan elevado grado de confianza mutua, asumiéndose en aquella coyuntura que los mismos respondían a la exigencia de la independencia y a los restantes valores exigibles a los sistemas judiciales en un Estado de derecho. Ninguno de los obstáculos opuestos en aquella hora, antes resumidos, suscitó que la confianza fuese imposible o indeseable por defectos sistémicos de los poderes judiciales implicados en aquella Europa de los quince.

De hecho, en el Considerando 10 que consta en el preámbulo de la Decisión Marco se quiso reflejar expresamente un reconocimiento de ello, acompañado, eso sí, de una cautela de futuro (que cabría calificar de premonitoria): “el mecanismo de la orden de detención europea descansa en un grado de confianza elevado entre los Estados miembros. Su aplicación sólo podrá suspenderse en caso de violación grave y persistente, por parte de uno de los Estados miembros, de los principios contemplados en el apartado 1 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, constatada por el Consejo en aplicación del apartado 1 del artículo 7 de dicho Tratado, y con las consecuencias previstas en el apartado 2 del mismo artículo”.

Obviamente, un grado tal de confianza para una cooperación entre jueces a un nivel tan profundo como el que propiciaba la orden de detención y entrega europea, solo era realizable bajo el presupuesto de que los socios eran efectivos Estados de derecho. Solo en tal condición pudieron asociarse los Estados miembros la comunidad, inicialmente, y luego en el proceso de las sucesivas am-

pliaciones. De hecho, los requisitos para la asociación están explicitados desde los famosos criterios acordados en Copenhague en 1993 (hoy en los artículos 2 y 49 TUE) y se concretan en el Estado constitucional de derecho, la separación de poderes, la democracia representativa, el imperio de la Ley, los derechos y libertades garantizados por un poder judicial independiente, la protección de las minorías y el pluralismo político.

El Tribunal de Luxemburgo ha insistido repetidamente en ello, recordando que la confianza mutua esta basada en la premisa de que los Estados miembros están cumpliendo los valores fundamentales de la Unión Europea. Por citar alguno de esos fallos, diré que en la Sentencia de 24 de junio de 2019⁵ el TJUE ha señalado que el carácter voluntario del procedimiento de adhesión a la Unión Europea fortalece la presunción de que los Estados que desean formar parte de este proceso de integración están cumpliendo con los valores que aceptaron respetar en el momento de la adhesión.

Concluyo, enlazando todo lo dicho hasta aquí, que, en el diseño y puesta en ejecución de una estrecha cooperación entre los jueces europeos basada en la confianza recíproca, estuvo la independencia judicial, sin la cual la cooperación no se hubiese considerado posible. De la misma manera que, a su vez, la cooperación judicial —es decir, la confianza judicial mutua basada en la independencia de los poderes judiciales— es a estas alturas elemento imprescindible para hacer operativos el mercado interior y la constitución material europea, por lo que sin semejante cooperación resulta inverosímil la profundización en el espacio de libertad y justicia y, en definitiva, en el proyecto mismo de la Unión.

⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 24 de junio de 2019 (Comisión Europea contra República de Polonia, C-619/18).

Por eso es hoy obligado preguntarse hasta qué punto está todo ello en entredicho en el presente por un doble motivo: por una parte, por la persistente resistencia de algunos países a la hora de cooperar conforme a lo acordado; por otra, porque a los problemas propios detectados en el funcionamiento cotidiano de los instrumentos para el reconocimiento mutuo durante estos años, se han venido a acumular otros más generales y graves derivados de la evolución del Estado de derecho –y, concretamente, de la independencia del poder judicial– en algunos Estados miembros. Circunstancia, esta última, como es generalmente conocido, de máxima preocupación en la actualidad.

2. La evolución de la confianza entre poderes judiciales en la UE: balance de tres lustros

Lo acontecido desde 2002 a 2017 en la cooperación entre jueces europeos en materia penal, a la que fundamentalmente me refiero en estas páginas, permite concluir que, al menos durante tres lustros, se ha desarrollado la relación entre los poderes judiciales manteniéndose el escenario de confianza, aunque dentro de este marco general de confianza se hayan producido desencuentros y conflictos concretos desde el momento mismo de la puesta en marcha del principio de reconocimiento mutuo.

2.1. Mantenimiento del escenario de confianza

Con independencia de las nutridas complejidades a las que luego me referiré, el mantenimiento de una base de confianza ha permitido el crecimiento del espacio de relación entre los jueces de los Estados miembros, desarrollándose un programa de cooperación judicial con nuevos instrumentos de asunción mutua de decisiones judiciales y de agilización de los procedimientos de

transmisión de las resoluciones judiciales, al tiempo que se iba robusteciendo el conjunto de garantías procesales comunes a respetar por todos.

Pronto se aprobó la prevista Decisión Marco 2003/577/JAI, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas, sobre la que se había empezado a trabajar con anterioridad a la euroorden. A la que más adelante vino a sumarse una Decisión relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal (2008).

Sobre el modelo de las dos decisiones marco iniciales se extendió luego el principio de reconocimiento mutuo, con algunas lógicas diferencias, mediante otras Decisiones en materia de sanciones pecuniarias (2005), de resoluciones de decomiso (2006), de sentencias en materia penal (2008), de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas (2008), o de medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional (2009).

Por su parte, en el terreno de las garantías procesales, desde el propio 2002 se fueron aprobado sucesivas Decisiones Marco (2002, 2005, 2006, 2008, 2009, ...), dirigidas a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado.

En concreto, la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, por la que se modificaron las citadas Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, revisó el propio texto inicial de la Decisión relativa a la orden de detención europea, introduciendo

en la misma un nuevo artículo 4 bis, al estimarse que no se había abordado de manera consecuente el problema de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado⁶.

Y a partir de Lisboa hablamos ya de garantías en el marco del sistema de la euroorden a través de Directivas. Como la 2010/64 relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales; la 2012/13 relativa al derecho a la información en los procesos penales; la 2012/29/ sobre los derechos de las víctimas, que son elementos cruciales del marco del espacio de libertad, seguridad y justicia; la 2013/48 sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad; la 2016/343 por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio; la 2016/800 relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, o la Directiva 2016/1919 relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales.

También, en fin, la Directiva 2014/41, de 3 de abril, relativa a la orden europea de investigación en materia penal, que forja un

⁶ Procede recordar el caso muy llamativo en España de Stefano Melloni, en el que el TJUE llevó al Tribunal Constitucional, que había planteado cuestión prejudicial, a modular su doctrina sobre el art. 24 CE y a denegar el amparo a este ciudadano italiano, que reclamaba la inejecución de su entrega a los jueces italianos por haber sido juzgado y condenado en rebeldía en su país (STJUE de 26-2-2013, asunto C-399/11).

único instrumento para la obtención de una prueba penal transfronteriza en la Unión Europea⁷.

2.2. Panorama general de dificultades para la cooperación entre jueces en Europa hasta 2017

Un análisis completo de los problemas, reticencias y conflictos de quince años de cooperación judicial en materia penal en la Unión Europea requiere distinguir varios momentos diferentes en la evolución del reconocimiento mutuo durante los años transcurridos. Para empezar, hasta 2004, con las vicisitudes originadas por las trasposiciones nacionales iniciales y las primeras complejidades en la aplicación. Desde 2004, año en que se produjo la gran ampliación, la incorporación de diez nuevos miembros sumó dificultades e incidencias, tanto por el aumento de sujetos intervinientes, como por la necesidad de acompasar a la cooperación de sus quince predecesores otros diez sistemas judiciales añadidos y diferentes, herederos de sus propias tradiciones, y procedentes, la mayoría, de regímenes políticos que no habían compartido los valores de la Unión⁸.

⁷ Sin olvidar la reforma de la Decisión Marco reguladora de la orden de detención europea y de los procedimientos de entrega entre Estados miembros a por la Directiva 2011/99/UE, de 13 de diciembre de 2011, que ha permitido que una autoridad judicial o equivalente de un Estado miembro en el que se haya adoptado una medida de protección destinada a proteger a una persona contra actos delictivos de otra que puedan poner en peligro su vida, su integridad física o psicológica y su dignidad, su libertad individual o su integridad sexual, dicte una orden europea de protección que faculte a una autoridad competente de otro Estado miembro para mantener la protección de la persona en el territorio de ese otro Estado miembro, a raíz de una infracción penal o una presunta infracción penal con arreglo al derecho nacional del Estado de emisión.

⁸ Como ha escrito el eurodiputado Juan Fernando LÓPEZ AGUILAR, la cooperación judicial se hizo más compleja, vista la diversidad de bases constitucionales, sistemas judiciales, fiscalías o demás órganos con poderes de *law enforcement*,



Mientras la cooperación se mantuvo en los dominios del tercer pilar, con las correspondientes limitaciones competenciales de las instituciones de la Unión para garantizar una completa supervisión de los procesos de reconocimiento mutuo, se fueron generando prácticas no siempre coincidentes entre los Estados miembros, no siempre respetuosas con las decisiones marco y, en definitiva, poco propicias para una cooperación sin fisuras de los jueces europeos⁹. A falta de mayor jurisprudencia europea, las disfunciones quedaron de manifiesto –aunque no necesariamente corregidas y no pocas veces ratificadas– en numerosas sentencias de los Tribunales nacionales e incluso de las Cortes Constitucionales que se hicieron eco de desviaciones, lagunas y necesidades de mejora de las normas o tuvieron que resolver controversias sobre su aplicación. En esta fase, ciertamente, la condición de iniciativa del tercer pilar no permitía cuestionar la obligatoriedad de las decisiones ni permitía evadirlas, tratándose a la postre de Derecho europeo legislado, pero sí reducía las consecuencias de hacerlo al encontrarse reducidos los instrumentos de disuasión, corrección y sanción del derecho comunitario.

En 2007, Lisboa modificó significativamente la configuración constitucional de la Unión y clausuró el tercer pilar. La consiguiente modificación de los Tratados, que entró en vigor en 2009, articuló un

ordenamientos penales y técnicas procesales (“Orden europea de arresto y garantías constitucionales: un estudio de caso”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* núm. 98, 2022).

⁹ Sin olvidar además que los Tratados (Protocolos 21 y 22 del TUE) reconocen un estatus especial a dos Estados miembros: Irlanda, que dispone de una opción de incorporación, y Dinamarca, que no participa en el derecho penal de la Unión, lo que implica que ambos participan en la orden de detención europea pero no necesariamente en otros instrumentos, como las Directivas sobre garantías procesales.

cambio sencillamente decisivo del régimen jurídico de la cooperación judicial en Europa, proporcionando una base jurídica expresa para las normas y procedimientos que garantizan el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales (artículo 82 TFUE), con la derivada de completar las capacidades de la Comisión y de la Corte de Luxemburgo en relación a la ejecución por los Estados miembros de los requerimientos de reconocimiento mutuo. No obstante, como el Protocolo 36 de los acordados en Lisboa previó un periodo transitorio¹⁰, fue realmente en 2014 cuando el cambio tuvo plena virtualidad y se desarrolló un creciente control de la cooperación judicial penal por las instituciones de la Unión. Control que en estos últimos años –cabe decir que a partir de 2017– ha venido a coincidir en el tiempo con las actuaciones de las instituciones comunitarias relacionadas con una mala evolución del Estado de derecho en algunos países miembros y, en particular, con la situación de sus poderes judiciales, de lo que me ocuparé en la parte final de este trabajo.

A partir de 2014, la interpretación y aplicación de las decisiones ha generado un número cada vez más intenso de solicitudes para que el Tribunal de Justicia se pronuncie con carácter prejudi-

¹⁰ El artículo 10 del Protocolo estableció lo siguiente: “1. Con carácter transitorio y con respecto a los actos de la Unión en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal que hayan sido adoptados antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, las atribuciones de las instituciones en la fecha de entrada en vigor de dicho Tratado serán las siguientes: las atribuciones de la Comisión en virtud del artículo 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea no serán aplicables y las atribuciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en virtud del título VI del Tratado de la Unión Europea, en su versión vigente antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, seguirán siendo las mismas, aun cuando hayan sido aceptadas con arreglo al apartado 2 del artículo 35 del mencionado Tratado de la Unión Europea. 2. La modificación de un acto contemplado en el apartado 1 conllevará que se apliquen, respecto del acto modificado y en relación con los Estados miembros a los que vaya a aplicarse el mismo, las atribuciones de las instituciones mencionadas en dicho apartado que establecen los Tratados”.

cial o mediante la resolución de recursos por incumplimiento¹¹. Con ello, lógicamente, los problemas –y las respuestas a los mismos– han cobrado mayor visibilidad¹² y se está generando un mayor conocimiento general de los comportamientos no colaborativos, así como una conciencia más extendida sobre la necesidad de propiciar correcciones y mejoras en el diseño o en el modo de utilización de los instrumentos para la cooperación.

Los puntos de fricción más relevantes que se han ido sucediendo durante estos veinte años entre los distintos poderes judiciales son bien conocidos y en muchas ocasiones han originado que no se consume la cooperación, bien porque no se curse efectivamente una solicitud o porque el Estado requerido oponga causas para su no ejecución. No puedo detenerme aquí en el examen de

¹¹ Entre 2015 y 2017 se realizaron tantos pronunciamientos sobre órdenes de entrega como en los trece años anteriores (10 frente a los 12 dictados hasta 2015).

¹² De hecho, la cuestión de la visibilidad sigue siendo sustancial hoy en día. Ha insistido en ello recientemente el Parlamento Europeo, que en la primera de sus recomendaciones para mejorar el funcionamiento de la orden de detención europea contenida en su Resolución de 20 de enero de 2021, “sobre la aplicación de la orden de detención europea y de los procedimientos de entrega entre Estados miembros” (2019/2207(INI)), ha reclamado lo siguiente: “Pide a la Comisión que facilite datos claros, comprensibles y comparables, ya que los existentes son confusos y pueden dar una impresión falsa de la eficiencia o ineficiencia de las órdenes de detención europeas; pide a la Comisión que establezca el método para que los Estados miembros cumplan su obligación de recopilar y transmitirle sistemáticamente datos fiables y actualizados; pide a la Comisión que estudie la posibilidad de crear una base de datos común que contenga las resoluciones judiciales sobre las órdenes de detención europeas usando únicamente datos anonimizados, base de datos que resultaría un instrumento inteligente y eficiente para evaluar la cooperación judicial, detectar puntos débiles y prepararse mejor ante posibles ajustes; recuerda que la cooperación judicial es un elemento fundamental para garantizar la estabilidad social, económica, medioambiental y digital; reitera su llamamiento a la Comisión para que solicite a los Estados miembros datos exhaustivos sobre el funcionamiento del mecanismo de la orden de detención europea y para que incluya dichos datos en su próximo informe de aplicación”.

todos ellos, pero sí debo referirme con más detalle, por su relevancia especial, a las limitaciones que impone el respeto de los derechos fundamentales a los procedimientos de cooperación entre jueces europeos, y, concretamente, a la relación entre el reconocimiento mutuo y el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, terreno en el que principalmente se sustancia el asunto de la independencia judicial que aquí nos ocupa.

Previamente, sin embargo, no quiero dejar de reflejar, de forma telegráfica y tomando como referencia las vicisitudes de la orden de detención y entrega, los reparos jurídicos más relevantes que han cuestionado la ejecución de estas euroórdenes durante tres lustros, dejando para más adelante los que han venido a sumarse desde 2017, derivados de los problemas con la independencia del sistema judicial en algunos de los Estados miembros. De acuerdo con lo que puede constatarse en los numerosos documentos que han ido elaborando la Comisión y el Parlamento Europeo y en las sentencias del Tribunal a lo largo de los años¹³, cabe destacar un listado de cuestiones como las siguientes:

¹³ Me remito, por ejemplo, a los Informes de la Comisión sobre la aplicación de la orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre Estados miembros COM(2005)0063 y SEC(2005)0267, COM(2006)0008 y SEC(2006)0079, COM(2007)0407 y SEC(2007)0979, así como COM(2011)0175 y SEC(2011)0430). También a la Resolución del Parlamento Europeo, de 27 de febrero de 2014, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la revisión de la orden de detención europea [2013/2109(INL)] (DO C 285 de 29.8.2017) y en el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo “sobre la aplicación de la Decisión Marco de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros” COM/2020/270 final. Igualmente hay información valiosa en el Manual europeo para la emisión y ejecución de órdenes de detención europeas, en documentos de Eurojust, o en programas de formación incluidos en el Programa de Justicia de la Unión.

Interesa también, lógicamente, el catálogo de preocupaciones que han reflejado más recientemente la citada Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de enero



- Las deficiencias a la hora de incorporar en plazo y de forma correcta las decisiones marco, asunto de largo recorrido y sobre el que la Comisión ha tenido que llamar a muchos Estados a capítulo más de una vez. Y como derivada, las controversias generadas por la diferente solución dada por las normas nacionales a diversas previsiones de la Decisión Marco¹⁴.
- La distinción y delimitación entre los supuestos que pueden someterse a la prueba de la doble incriminación frente a los que exigen la entrega automática. Especialmente cuando se trata de delitos cuyo alcance o gravedad no se recoge en términos similares en los códigos penales de todos los Estados miembros¹⁵. Y vinculadas a ello, las controversias derivadas de las diferencias sobre la definición precisa de cada uno de los delitos a los que debe aplicarse la orden de detención europea, ante la ausencia en la Decisión de una definición o descripción mínima de cada categoría delictiva.
- La evaluación de la proporcionalidad en relación con la gravedad de los delitos o con el recurso desproporcionado a la orden de detención en situaciones que dan lugar a detenciones y pri-

de 2021, “sobre la aplicación de la orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre Estados miembros”, procedente del Informe de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, “sobre la aplicación de la orden de detención europea y de los procedimientos de entrega entre Estados miembros” (A9-0248/2020), así como la Evaluación europea de la aplicación de la orden europea de detención, realizada por el Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (autor: VAN BALLEGOOIJ, Wouter). Unidad de Evaluación Ex Post PE 642.839 - junio de 2020. Documentos particularmente valiosos los tres, en los que luego me detendré.

¹⁴ Recuérdese que fue cuestionada hasta la propia Decisión Marco, sobre la que hubo de pronunciarse el Tribunal de Justicia de la UE en la Sentencia de 3 de mayo de 2007, en el asunto C-303/05, resolviendo una cuestión prejudicial de validez planteada por la Corte de Arbitraje de Bélgica.

¹⁵ Puede verse la STJUE de 11 de enero de 2017, en el asunto C-289/15 (Grundza).

vaciones de libertad preventivas excesivas. En atención a ello, se ha ido incorporando en estos procesos la valoración de factores como la gravedad del delito, la posible sanción, la disponibilidad de medidas alternativas menos gravosas, la cercanía del juicio, el impacto sobre los derechos, las circunstancias personales del afectado, la posibilidad de detención de la persona en el Estado miembro de emisión tras la entrega, los intereses de las víctimas, etc.¹⁶.

- La ausencia de normas mínimas sobre la prisión preventiva (a la que se refirió especialmente el Informe con recomendaciones del Parlamento Europeo de 28 de enero de 2014), incluidos los problemas de su duración excesiva, su revisión periódica, su utilización como último recurso y la consideración de alternativas, o la falta de una evaluación adecuada sobre si el asunto está preparado para el proceso.
- Ligado con ello, el problema permanente de las condiciones inaceptables en una serie de centros penitenciarios, que afectan tanto a la prisión preventiva como al cumplimiento degradante de la condena. Con la repercusión que ello tiene en el derecho a la protección contra penas o tratos inhumanos o degradantes.
- La cuestión, especialmente controvertida en los primeros años, de la entrega de nacionales, ante las previsiones incluidas en algunas Constituciones sobre el principio de no extradición de nacionales.

¹⁶ Todas ellas recogidas en el Manual europeo para la emisión y ejecución de órdenes de detención europeas (Comunicación de la Comisión de 28 de septiembre de 2017, c(2017) 6389 final), en el que no solo se refleja que toda euroorden debe ser siempre proporcional a su objetivo y tener en cuenta las graves consecuencias que su ejecución tiene para la libertad de la persona buscada, sino que además se recomienda “aplicar el control de proporcionalidad antes de emitir una ODE porque puede reforzar la confianza mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros”.

- El tratamiento de la minoría de edad penal¹⁷.
- El principio *ne bis in idem* y el alcance de términos como “mismo hecho”, “sentencia firme” y “pena ejecutada”¹⁸.
- La negación en este ámbito del papel que el principio de reciprocidad representaba en materia de cooperación internacional en la lucha contra el delito.
- Cuestiones derivadas de la práctica de los procedimientos, que no solo se refieren a los numerosos trámites formales¹⁹, sino especialmente a cuestiones de fondo como los citados juicios en rebeldía, la posible suspensión o la entrega temporal, el tratamiento de las infracciones y de las penas accesorias o el enjuiciamiento por otras infracciones por el principio de especialidad. También todo lo relativo a los plazos y, en particular, a los plazos para la decisión o para la entrega.

Y, por descontado, la actuación coherente en todos los Estados sobre las materias relacionadas con las Directivas de garantías procesales que anteriormente señalé, que proporcionan un estándar mínimo de derechos procesales en procedimientos penales para los sospechosos o acusados (traducción e interpretación, información, doble representación legal tanto en el Estado emisor como en el de ejecución, comunicación con terceros y con las autoridades consulares, asistencia jurídica gratuita...).

¹⁷ Puede verse la STJUE de 23 de enero de 2018, en el asunto C-367/16 (Piotrowski). Y, por supuesto, la citada Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales (DO L 132 de 21.5.2016).

¹⁸ Puede verse la STJUE de 16 de noviembre de 2010, en el asunto C-261/09 (Mantello).

¹⁹ Pueden verse en el Manual citado en las anteriores notas 13 y 16.

- *Last, but not least*, las diferentes interpretaciones del término “autoridad judicial” que puede emitir la resolución (distintas según diversos instrumentos de reconocimiento mutuo), sobre lo que el Tribunal de Justicia ya ha ido señalando inclusiones (no se limitan a designar a los jueces u órganos jurisdiccionales de un Estado miembro, sino que son extensivos, en sentido lato, a las autoridades que participan en la administración de la justicia en el ordenamiento jurídico de que se trate) o exclusiones (no es extensivo a los servicios de policía o a un órgano del poder ejecutivo de un Estado miembro, como un ministerio)²⁰.

2.3. Cooperación entre jueces y derechos fundamentales

Es generalmente conocido que la Decisión Marco sobre la orden de detención y entrega (y por referencia a la misma, otras decisiones) no incluye entre las causas que justifican su no ejecución la violación de los derechos fundamentales, aunque los documentos de la Unión suelen repetir que la proclamación genérica del apartado 3 de su artículo 1, interpretado conjuntamente con los Considerandos 12 y 13 de la Decisión ponen de relieve que los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales deben ser respetados en el contexto de la orden. Interesa recordarlos:

Artículo 1.3: La presente Decisión Marco no podrá tener por efecto el de modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea.

Considerando 12: La presente Decisión Marco respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en el artículo 6 del

²⁰ Pueden verse, entre otros, los asuntos C-452/16 (Poltorak) y C-477/16 (Kovalkovas).

Tratado de la Unión Europea y reflejados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular en su capítulo VI. Nada de lo dispuesto en la presente Decisión Marco podrá interpretarse en el sentido de que impide la entrega de una persona contra la que se ha dictado una orden de detención europea cuando existan razones objetivas para suponer que dicha orden de detención europea ha sido dictada con fines de persecución o sanción a una persona por razón de sexo, raza, religión, origen étnico, nacionalidad, lengua, opiniones políticas u orientación sexual, o que la situación de dicha persona pueda quedar perjudicada por cualquiera de estas razones. La presente Decisión Marco no impedirá a ningún Estado miembro aplicar sus normas constitucionales relativas al respeto del derecho a un proceso equitativo, la libertad de asociación, libertad de prensa y libertad de expresión en los demás medios.

Considerando 13: Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes.

A ello se unen las referencias de la Decisión Marco a los derechos fundamentales que deben respetarse en el procedimiento de tramitación recogidos a lo largo de la norma, como los derechos de información y a la asistencia de abogado e intérprete del detenido (art. 11), las garantías de la libertad provisional (art. 12), la libre formulación del consentimiento a la entrega (art. 13), los derechos de audiencia del individuo afectado (art. 14) o la deducción del periodo de detención transcurrido en el Estado miembro de ejecución (art. 26).

Partiendo de estos enunciados, una buena parte de la doctrina defendió que, vistos especialmente los límites de los mecanismos comunes de garantía hasta 2014, cabía ampararse en estas cláusulas de la Decisión para justificar la no ejecución de una euroorden ante una violación de los derechos fundamentales por el Estado de emisión, justificando con ello las leyes aprobadas en este sentido en algunos Estados miembros o las decisiones adoptadas

por algunos Tribunales Constitucionales o incluso por jueces ordinarios²¹.

Frente a ello, como criterio general, el TJUE, antes y después de 2009, ha puesto máximo empeño en hacer respetar el principio de confianza en la cooperación entre los jueces, asegurado la primacía de la orden de entrega frente a resoluciones judiciales nacionales (incluidas las del propio TC español, como puso de relieve la citada Sentencia C-399/11, de 26 de febrero de 2013, sobre el asunto Melloni), y aclarando que la lista de motivos para no ejecutar una euroorden incluida en la Decisión Marco es exhaustiva.

De hecho, suele operarse bajo la presunción de que el principio de confianza mutua “obliga a cada uno de los Estados miembros, en particular en lo que se refiere al espacio de libertad, seguridad y justicia, a considerar, salvo en circunstancias excepcio-

²¹ Por todos, vid. SÁNCHEZ LEGIDO, A., que citó para acreditarlo autores, leyes nacionales y jurisprudencia en “La euro-orden, el principio de doble incriminación y la garantía de los derechos fundamentales”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* núm. 14, 2007. El autor incluyó al propio Tribunal Constitucional español, al condicionar las entregas de personas condenadas en rebeldía a la posibilidad de impugnación de la sentencia en el Estado de emisión, por entender que constituía “una vulneración ‘indirecta’ de las exigencias absolutas dimanantes del derecho proclamado en el art. 24.2 CE, al menoscabar el contenido esencial del proceso justo (STC 177/2006, de 5 de junio). E incluso a la Comisión, por una respuesta parlamentaria del Comisario Vitorino y por la opinión expresada por DE KERCHOVE, G., director de Justicia de la Dirección de Justicia y Asuntos de Interior de la Secretaría General del Consejo en su artículo: “La orden de detención europea y el principio de reconocimiento mutuo”. En vol. col. ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A., (dirs.): “La orden de detención y entrega europea”, Cuenca, 2006.

Por citar solo la manifestación más citada en los trabajos académicos, suele recordarse que el Tribunal Constitucional alemán rechazó en 2015 ejecutar una orden de entrega presentada por un tribunal de Florencia respecto de un ciudadano americano condenado en rebeldía a una pena privativa de libertad, por entender que el principio de culpabilidad penal se basa en la garantía de la dignidad humana reconocida en el art. 1.1 de la Ley Fundamental.

nales, que todos los demás Estados miembros respetan el Derecho de la Unión, y, muy especialmente, los derechos fundamentales reconocidos por ese derecho”, como enunció el –controvertido– Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014, con el que el TJUE emitió su juicio sobre el Proyecto de Acuerdo de Adhesión de la UE al Convenio Europeo de Derechos Humanos²². E incluso que tal presunción ya habría sido enunciada por la propia Decisión Marco 2000/584 como un “principio de confianza recíproca en el respeto de los derechos fundamentales por los Estados miembros”, que se habría expresado en los Considerandos 10 y 12 de la Decisión Marco; de modo que la euroorden descansaría en la confianza recíproca “entre los Estados miembros en que sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales proporcionan una *protección equivalente y efectiva* de los derechos fundamentales reconocidos en el ámbito de la Unión”.

Estas últimas citas entrecomilladas son consideraciones contenidas en la STJUE de 5 de abril de 2016, que resolvió conjuntamente los asuntos acumulados Aranyosi y Caldaru (C-404/15 y C-659/15), con motivo de la ejecución de dos órdenes europeas de detención y entrega emitidas, respectivamente, por un juez de instrucción de un Tribunal Comarcal de Hungría (contra Aranyosi), y por un Tribunal de Primera Instancia de Rumanía (contra Calda-

²² El Dictamen (EU:C:2014:2454) dice también en otro apartado que “cuando aplican el derecho de la Unión, los Estados miembros pueden estar obligados, en virtud de ese mismo derecho, a presumir que los demás Estados miembros respetan los derechos fundamentales, de forma que les está vedado no solo exigir a otro Estado miembro un nivel de protección nacional de los derechos fundamentales superior al garantizado por el derecho de la Unión, sino incluso verificar, salvo en supuestos excepcionales, si ese otro Estado miembro ha respetado efectivamente, en un caso concreto, los derechos fundamentales garantizados por la Unión”.

raru). Sentencia que es considerada, con razón, como el punto de partida de una modulación de su criterio por el TJUE y, al mismo tiempo, punto de referencia de la jurisprudencia europea sobre la posibilidad “excepcional” de no ejecutar una petición de entrega por violación efectiva o posible de un derecho fundamental. En el presente caso, por el riesgo de violación de la prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes contenida en el artículo 4 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, que afectaría a las personas encarceladas en el Estado miembro emisor a causa de las condiciones generales de reclusión.

Esta ‘Sentencia Aranyosi’ proporciona, como es más que conocido, un método para proceder por el juez de ejecución que, en su caso, le permitiría desoír la petición de cooperación del juez emisor de la orden. Mediante un método de doble comprobación que, muy sucintamente explicado, se enuncia de la siguiente manera: la autoridad judicial de ejecución, *de disponer de elementos* objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados relativos a las condiciones de reclusión imperantes en el Estado miembro emisor *que acrediten la existencia de deficiencias sistémicas o generalizadas* que afecten a ciertos grupos de personas o a ciertos centros de reclusión, *deberá luego comprobar, concreta y precisamente, si existen razones serias y fundadas para creer que existe riesgo real de trato inhumano o degradante para la concreta persona reclamada* para el ejercicio de acciones penales o la ejecución de una pena privativa de libertad. A tal efecto, dicha autoridad deberá solicitar información complementaria a la autoridad judicial emisora, la cual deberá transmitir dicha información en el plazo fijado en la solicitud, suspendiendo la autoridad judicial de ejecución su decisión sobre la entrega de la persona de que se trate hasta que obtenga la información complementaria que le permita excluir la existencia de tal riesgo; informando de ello a Eurojust. Con la posibilidad de mantener en de-

tención a la persona de que se trate, solo si el procedimiento de ejecución de la euroorden se ha llevado a cabo con la suficiente diligencia y la duración de la detención no es excesiva (de acuerdo con los principios de presunción de inocencia y de proporcionalidad).

Finalmente, si la autoridad judicial de ejecución constata que el riesgo de que se inflija un trato inhumano y degradante no puede excluirse en un plazo razonable, la mencionada autoridad deberá decidir si procede poner fin al procedimiento de entrega.

3. Reconocimiento mutuo, tutela judicial efectiva e independencia judicial

3.1. La cuestión de la independencia judicial se hace presente como problema creciente: prolegómenos

Pudo interpretarse que las circunstancias “excepcionales” para las que el TJUE articuló el test Aranyosi se justificaron por la naturaleza particularmente demandante de la prohibición de las penas o tratos inhumanos y degradantes (“carácter absoluto del derecho fundamental garantizado por el artículo 4 de la Carta”, dice el TJUE)²³, sin ánimo de abrir con ello un nuevo camino en la dialéctica entre confianza y derechos fundamentales. Pero lo cierto es que esta primera sentencia vino seguida, en idéntica línea, de otra, la STJUE de 25 de julio de 2018, referida a otro derecho diferente como es el derecho a la tutela judicial, contenido en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión de 7 de diciembre de 2000, hoy incorporada al Tratado por su artículo 6.

²³ Véase también la Recomendación de la Comisión sobre los derechos procesales de los sospechosos y acusados sujetos a prisión preventiva y sobre las condiciones materiales de detención de 18 de agosto de 2022 (C (2022) 8987).

Desde la perspectiva del reconocimiento mutuo, la tutela judicial efectiva impone, en primer lugar, que toda orden de entrega se tramite con todas las garantías. “Los Estados miembros velarán [dijo el Parlamento Europeo en 2014] porque, de conformidad con la Carta y la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el TEDH, toda persona cuyos derechos y libertades hayan sido vulnerados por una decisión, acción u omisión en la aplicación de un instrumento de reconocimiento mutuo en materia penal tenga derecho a una tutela efectiva ante un tribunal”. Como concluyó entonces el Parlamento, la confianza mutua únicamente puede lograrse si se respetan los derechos fundamentales de los sospechosos y de los acusados y si se garantizan los derechos procesales durante los procedimientos penales en toda la Unión. Y como ha concluido nuevamente el Parlamento, ahora en su citada Resolución de 2021, todavía queda trabajo por delante también en este apartado, porque “las seis Directivas sobre garantías procesales no se han aplicado plena y correctamente, lo que sigue siendo motivo de preocupación”.

Pero dejando ahora al margen esta primera manifestación del derecho a la tutela, me centro en la cuestión, de evidente mayor enjundia, de la posible incidencia, en particular, del derecho a un juez independiente y a un proceso equitativo, como elemento de decisión para la ejecución o inejecución de solicitudes de reconocimiento mutuo.

La primera resolución europea que tuvo que introducirse en ese territorio ha sido, en efecto, la citada STJUE de 25 de julio de 2018, en el asunto *Minister for Justice and Equality vs. LM* (C 216/18). Pero antes de esa fecha se habían producido algunos acontecimientos que es obligado recordar:

i) Ya estaban en el escenario europeo las primeras manifestaciones de lo que luego ha venido a describirse como una crisis del Estado de derecho en la Unión. De hecho, la Comisión Europea

había venido siguiendo desde noviembre de 2015 la evolución de la situación del Estado de derecho en Polonia, dialogando con las autoridades polacas y formulando Recomendaciones (2016/1374, 2017/146 y 2017/1520.) Finalmente, nada menos que había hecho uso del artículo 7.1. TUE, elevando, el 20 de diciembre de 2017, Propuesta Motivada para declarar “la existencia de un riesgo claro de violación grave del Estado de Derecho por parte de la República de Polonia”, y recomendar una serie de medidas para “restablecer la independencia y legitimidad del Tribunal Constitucional” e instar a la “modificación de la Ley del Tribunal Supremo, la Ley de Organización de los Tribunales Ordinarios, la Ley del Consejo Nacional del Poder Judicial y la Ley de la Escuela Nacional de la Judicatura, a fin de garantizar el cumplimiento de los requisitos relativos a la independencia del poder judicial, la separación de poderes y la seguridad jurídica”²⁴.

ii) En febrero de 2018 se había dictado la STJUE de 27 de febrero de 2018, en el asunto C-64/16 (*Associação Sindical dos Juizes Portugueses*) que, si bien no era relativa a uno de los Estados miembros que han sido señalados como responsables de la crisis del Estado de derecho, sirvió para abrir el camino por el que las instituciones de la Unión y en particular el Tribunal de Justicia están transitando desde entonces para controlar la adecuación de los poderes judiciales de aquellos países al Estado de derecho.

Camino que el Tribunal de Justicia ha abierto a partir de una innovadora interpretación del párrafo segundo del artículo 19.1 TUE (aparentemente liberado de las limitaciones de aplicabilidad de la Carta a los Estados miembros marcadas por el artículo 51 de la misma), según la cual se entiende que, al ser responsables los jue-

²⁴ COM(2017) 835 final, 2017/0360 (NLE)

ces nacionales de aplicar el Derecho de la Unión, los Estados miembros deben garantizar que esos órganos judiciales cumplan las exigencias derivadas de la tutela judicial efectiva (art. 47 de la Carta), a la que expresamente se refiere el artículo 19 (que en su dicción literal lo que dice es que “los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar a tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión”).

Para garantizar esta *tutela judicial* resulta primordial preservar la independencia del órgano judicial, según confirma el artículo 47, párrafo segundo, al mencionar el acceso a un juez “independiente”. Con lo que la Sentencia concluye: “la garantía de independencia, que es inherente a la misión de juzgar (véanse, en este sentido, las sentencias de 19 de septiembre de 2006, Wilson, C 506/04, EU:C:2006:587, apartado 49; de 14 de junio de 2017, Online Games y otros, C 685/15, EU:C:2017:452, apartado 60, y de 13 de diciembre de 2017, El Hassani, C 403/16, EU:C:2017:960, apartado 40), no sólo se impone, en el ámbito de la Unión, en lo que respecta a los jueces y abogados generales del Tribunal de Justicia y a los jueces del Tribunal General, tal como prevé el artículo 19 TUE, apartado 2, párrafo tercero, sino que *también obliga, en el ámbito de los Estados miembros, en lo que respecta a los jueces y tribunales nacionales*”.

Sentado esto, el TJUE entra a valorar si en el caso que le plantea esta asociación portuguesa de jueces se viola la tutela judicial, concluyendo que no, pero dejando a su vez algunas concreciones sobre la independencia judicial y, lo que me parece todavía más interesante a los efectos de este trabajo, sobre su importancia “esencial para el buen funcionamiento del sistema de cooperación judicial”. La Sentencia lo dice en relación con su importancia para la correcta activación de las cuestiones prejudiciales. Por mi parte añado que lo mismo cabe decir del valor no menos esencial de la

independencia a efectos de la confianza y cooperación entre los jueces de los Estados miembros y de las herramientas para el reconocimiento mutuo.

3.2. La doctrina del TJUE sobre la incidencia del derecho a la tutela judicial en el reconocimiento mutuo

Del ámbito del reconocimiento mutuo vino, precisamente, la siguiente resolución del Tribunal de Justicia, lo cual nos sitúa ya ante la mencionada STJUE de 25 de julio de 2018 (*Minister for Justice and Equality vs. LM* (C 216/18), suscitada por una cuestión prejudicial de la High Court de Irlanda acerca de la ejecución de tres órdenes de detención y entrega formuladas por diversos tribunales regionales polacos contra LM para su enjuiciamiento por tráfico de estupefacientes.

La *High Court*, partiendo de la sentencia Aranyosi y Caldarraru y tras dar por hecha una vulneración sistémica del Estado de derecho en la República de Polonia, atendiendo, entre otras razones, a la activación para Polonia del procedimiento previsto en el art. 7.1 TUE (concretada en la Propuesta Motivada de la Comisión Europea antes comentada), consultó al TJUE –dado que el derecho afectado no era como en Aranyosi el contenido en el artículo 4 de la euroorden sino el de tutela judicial efectiva contenido en el 47 de la Carta, en relación con el art. 1.3 de la euroorden– sí, cuando “existen pruebas sólidas de que las condiciones en el Estado miembro emisor son incompatibles con el derecho fundamental a un proceso equitativo porque el propio sistema judicial del Estado miembro emisor ya no está funcionando conforme al Estado de derecho, ¿es preciso que la autoridad judicial de ejecución aun compruebe, concreta y precisamente, la exposición del afectado al riesgo de que su proceso no sea equitativo en caso de que dicho

proceso se sustancie en un sistema que ha dejado de funcionar conforme al Estado de derecho?. Teniendo en cuenta además que “en tales circunstancias, puede considerarse fácilmente que, dada la naturaleza sistémica de la vulneración del Estado de derecho, ninguna autoridad emisora podrá dar nunca garantías específicas de que esa persona vaya a disfrutar de un proceso equitativo, de modo que la autoridad judicial de ejecución no puede quedar obligada a acreditar que existen tales razones”.

En respuesta a esta cuestión, el Tribunal de Justicia ha fijado el criterio general sobre la incidencia que la tutela judicial efectiva puede tener sobre las solicitudes de cooperación entre los jueces europeos basada en la confianza mutua. Criterio que desgrano a continuación con amplitud por su carácter “canónico”, al haberse mantenido, sin alteraciones llamativas, hasta el día de hoy (de hecho, el 31 de enero de 2023 el TJUE acaba de reiterarlo en su Sentencia sobre el asunto C-158/21, Puig Gordi y otros, planteado por el Tribunal Supremo español –juez Larena– en una cuestión prejudicial justificada por la negativa a la entrega de responsables del “procés” por parte de los jueces belgas).

- La Sentencia confirma, en primer lugar, que el respeto a los derechos fundamentales puede justificar el rechazo a ejecutar una euroorden. Aunque solo en supuestos excepcionales:

“El Derecho de la Unión se asienta en la premisa fundamental de que cada Estado miembro comparte con todos los demás Estados miembros, y reconoce que estos comparten con él, una serie de valores comunes en los que se fundamenta la Unión, como se precisa en el artículo 2 TUE. Esta premisa implica y justifica la existencia de una confianza mutua entre los Estados miembros en el reconocimiento de esos valores y, por lo tanto, en el respeto del Derecho de la Unión que los aplica... Tanto el principio

de confianza mutua entre los Estados miembros como el principio de reconocimiento mutuo, que se basa a su vez en la confianza recíproca entre aquellos (...) tienen una importancia fundamental en el Derecho de la Unión, dado que permiten la creación y el mantenimiento de un espacio sin fronteras interiores. Más específicamente, el principio de confianza mutua obliga a cada uno de esos Estados, en particular en lo que se refiere al espacio de libertad, seguridad y justicia, a considerar, salvo en circunstancias excepcionales, que todos los demás Estados miembros respetan el Derecho de la Unión y, muy especialmente, los derechos fundamentales reconocidos por ese Derecho... Así pues, cuando aplican el Derecho de la Unión, los Estados miembros pueden estar obligados, en virtud de ese mismo Derecho, a presumir que los demás Estados miembros respetan los derechos fundamentales, de forma que les está vedado no solo exigir a otro Estado miembro un nivel de protección nacional de los derechos fundamentales superior al garantizado por el Derecho de la Unión, sino incluso verificar, salvo en supuestos excepcionales, si ese otro Estado miembro ha respetado efectivamente, en un caso concreto, los derechos fundamentales garantizados por la Unión (Dictamen 2/13 antes citado).

“Por lo tanto, las autoridades judiciales de ejecución solo pueden negarse a ejecutar tal orden por los motivos, enumerados exhaustivamente, de no ejecución establecidos en la Decisión Marco 2002/584 [motivos de no ejecución obligatoria (artículo 3) y facultativa (artículos 4 y 4 bis)], y la ejecución de una orden de detención europea solo puede supeditarse a alguno de los requisitos definidos taxativamente en el artículo 5 de esta Decisión Marco. En consecuencia, la ejecución de la orden de detención europea constituye el principio, mientras que la denegación de la ejecución se concibe como una excepción que debe ser objeto de interpretación estricta”.

- Eso es aplicable, en concreto, al derecho a la tutela judicial efectiva:

“El grado de confianza elevado entre los Estados miembros en el que se basa el mecanismo de la orden de detención europea parte, por lo tanto, de la premisa de que los órganos jurisdiccionales penales de los demás

Estados miembros, que deberán sustanciar el procedimiento penal de persecución o de ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad y el procedimiento penal de fondo una vez ejecutada la orden de detención europea, cumplen las exigencias de la tutela judicial efectiva, entre las que figuran, en particular, la independencia y la imparcialidad de dichos órganos jurisdiccionales”... Por consiguiente, procede considerar que la existencia de un riesgo real de que la persona que es objeto de una orden de detención europea sufra, en caso de ser entregada a la autoridad judicial emisora, una violación de su derecho fundamental a un juez independiente y, con ello, del contenido esencial de su derecho fundamental a un proceso equitativo, garantizado por el artículo 47, párrafo segundo, de la Carta, puede permitir a la autoridad judicial de ejecución abstenerse, con carácter excepcional, de dar curso a dicha orden de detención europea, sobre la base del artículo 1, apartado 3, de la Decisión Marco 2002/584.

- Para garantizar la tutela judicial efectiva, “resulta primordial preservar la independencia de tales órganos, como así lo confirma el artículo 47, párrafo segundo, de la Carta, precepto que, entre las exigencias vinculadas al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, menciona el acceso a un juez “independiente”:

“La independencia de los órganos jurisdiccionales nacionales resulta esencial para el buen funcionamiento del sistema de cooperación judicial (...) la salvaguarda de la independencia de tales autoridades judiciales resulta primordial para garantizar la tutela judicial efectiva de los justiciables, especialmente en el marco del mecanismo de la orden de detención europea”.

“Debe subrayarse que la necesidad de independencia de los jueces está integrada en el contenido esencial del derecho fundamental a un proceso equitativo, que reviste una importancia capital como garante de la protección del conjunto de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables y de la salvaguarda de los valores comunes

de los Estados miembros, enumerados en el artículo 2 TUE, en particular, del valor del Estado de derecho”.

“No solo la decisión relativa a la ejecución de la orden de detención europea, sino también la relativa a la emisión de tal orden, deben ser adoptadas por una autoridad judicial que responda a las exigencias de la tutela judicial efectiva –entre las que se cuenta la garantía de independencia–, de modo que todo el procedimiento de entrega entre Estados miembros previsto en la Decisión Marco 2002/584 se desarrolle bajo control judicial”.

- Pero habida cuenta del carácter excepcional de la posibilidad de desconocimiento del principio de confianza, para que pueda producirse el rechazo de una euroorden se requiere en todo caso que el juez requerido realice la doble comprobación, tal y como ya se había establecido en el caso *Aranyosi y Caldaru*. Al reiterar la exigencia del método de doble comprobación establecido en el fallo *Aranyosi*, el Tribunal ha consolidado este método de examen estructurado en dos fases no sólo en relación con el artículo 4 de la euroorden, sino, en general, respecto del conjunto de los derechos fundamentales, y, en concreto, frente al supuesto de riesgo de vulneración del derecho fundamental a un proceso equitativo garantizado por el artículo 47 de la Carta.
- Así pues, en primer lugar, se requiere una previa comprobación de la existencia de deficiencias sistémicas o generalizadas en el sistema judicial:

“La autoridad judicial de ejecución deberá evaluar en un primer momento, basándose en elementos objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados relativos al funcionamiento del sistema judicial del Estado miembro emisor (...), si existe un riesgo real de que se viole el derecho fundamental a un proceso equitativo, como consecuencia de la falta de

independencia de los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro, debido a deficiencias sistémicas o generalizadas en ese mismo Estado”.

“La información recopilada en una propuesta motivada, presentada recientemente por la Comisión al Consejo de conformidad con el artículo 7 TUE, apartado 1, constituye un elemento especialmente pertinente a efectos de dicha evaluación”.

- Y en segundo lugar, aun en el caso de tratarse de que el propio sistema judicial del Estado miembro emisor ya no está funcionando conforme al Estado de derecho, el TJUE no deja de considerar ineludible una segunda fase, en la que la autoridad judicial de ejecución ha de comprobar “concreta y precisamente, si en las circunstancias del caso de autos existen razones serias y fundadas para creer que la persona buscada, tras ser entregada al Estado miembro emisor, correrá un riesgo real de que se viole su derecho fundamental a un juez independiente y, con ello, el contenido esencial de su derecho fundamental a un proceso equitativo”. La existencia de deficiencias sistémicas no implica necesariamente que, en un caso concreto, la persona afectada vaya a verse afectada en sus derechos.

“Esta comprobación concreta se impone también cuando, como en el presente asunto, por un lado, el Estado miembro emisor ha sido objeto de una propuesta motivada de la Comisión, presentada de conformidad con el artículo 7 TUE, apartado 1, para que el Consejo constate que existe un riesgo claro de violación grave por parte de dicho Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2 TUE”.

- Para apreciar el riesgo real que corre la persona buscada, la autoridad judicial de ejecución deberá examinar en qué medida las deficiencias sistémicas o generalizadas pueden incidir en los órganos jurisdiccionales competentes para conocer del asunto del que es objeto esa persona. Si de ese examen se desprende que las defi-

ciencias pueden afectar a esos órganos jurisdiccionales, la autoridad judicial de ejecución deberá evaluar además si existen razones serias y fundadas para creer que esa persona correrá un riesgo real de que se viole su derecho, habida cuenta de su situación personal, de la naturaleza de la infracción que se le imputa y del contexto fáctico que han motivado la orden de detención europea.

- Por otra parte, la autoridad judicial de ejecución deberá solicitar a la autoridad judicial emisora cualquier información complementaria que considere necesaria para evaluar la existencia de tal riesgo, antes de decidir.
- Solo cuando concurren las circunstancias previstas en el Considerando 10 de la Decisión Marco de la euroorden, podrá la autoridad judicial de ejecución (“estará obligada” dice el TJUE) denegar automáticamente la ejecución de cualquier orden de detención europea emitida por dicho Estado miembro, sin tener que efectuar ninguna comprobación concreta del riesgo real que corre la persona de que se trate de que se viole el contenido esencial de su derecho fundamental a un proceso equitativo:

“Como se desprende del considerando 10 de la Decisión Marco 2002/584, la aplicación del mecanismo de la orden de detención europea solo podrá suspenderse en caso de violación grave y persistente, por parte de uno de los Estados miembros, de los principios contemplados en el artículo 2 TUE, constatada por el Consejo Europeo en aplicación del artículo 7 TUE, apartado 2, y con las consecuencias previstas en el apartado 3 del mismo artículo... Por lo tanto, solo en el supuesto de que exista una decisión del Consejo Europeo por la que se constate, con los requisitos establecidos en el artículo 7 TUE, apartado 2, una violación grave y persistente en el Estado miembro emisor de los principios contemplados en el artículo 2 TUE, como los inherentes al Estado de derecho, seguida de la suspensión por el Consejo de la aplicación de la Decisión Marco 2002/584 en relación con dicho Estado miembro, estará obligada la au-

toridad judicial de ejecución a denegar automáticamente la ejecución de cualquier orden de detención europea emitida por dicho Estado miembro, sin tener que efectuar ninguna comprobación concreta del riesgo real que corre la persona de que se trate de que se viole el contenido esencial de su derecho fundamental a un proceso equitativo”.

- Finalmente, esta Sentencia de 25 de julio de 2018, que se dicta cuando ya está en plena efervescencia la crisis de Polonia con la Unión por la cuestión judicial, se anima a incorporar dos consideraciones que, más que dirigidas a la cooperación entre jueces europeos, parecen estar avanzando en la preparación de las resoluciones que poco después va a tener que dictar ante los recursos de incumplimiento y las cuestiones prejudiciales que inmediatamente se fueron acumulando para la defensa de la independencia judicial.
 - La primera pone de relieve que el TJUE tenía previsto insistir en su interpretación del artículo 19 TUE como vía para controlar la evolución del Estado de derecho en los países miembros:

“Conforme al artículo 19 TUE, que se refiere con mayor concreción al valor del Estado de derecho proclamado en el artículo 2 TUE, incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales y al Tribunal de Justicia garantizar la plena aplicación del Derecho de la Unión en el conjunto de los Estados miembros y la tutela judicial de los derechos que ese ordenamiento jurídico confiere a los justiciables... todo Estado miembro debe garantizar que aquellos órganos que, en calidad de ‘órganos jurisdiccionales’ –en el sentido definido por el ordenamiento jurídico de la Unión–, formen parte de su sistema de vías de recurso en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión cumplan las exigencias de la tutela judicial efectiva”.
 - La segunda avanza contenidos para definir elementos de la independencia judicial a preservar:

“Ejercer las funciones con plena autonomía, sin estar sometido a ningún vínculo jerárquico o de subordinación respecto a terceros y sin recibir órdenes ni instrucciones de ningún tipo, garantías, como la inamovilidad, idóneas para proteger a la persona de quienes tienen la misión de juzgar, el hecho de que estos perciban un nivel de retribuciones en consonancia con la importancia de las funciones que ejercen constituye igualmente una garantía inherente a la independencia judicial, la imparcialidad, el respeto de la objetividad y la inexistencia de cualquier interés en la solución del litigio que no sea el de la aplicación estricta de la norma jurídica, reglas referentes a la composición del órgano, así como al nombramiento, a la duración del mandato y a las causas de inhibición, recusación y cese de sus miembros, que los supuestos de cese de sus miembros estén previstos en disposiciones legales expresas o que el régimen disciplinario presente las garantías necesarias para evitar cualquier riesgo de que dicho régimen pueda utilizarse como sistema de control político del contenido de las resoluciones judiciales”.

La doctrina “LM” que acabo de detallar no ha cambiado en lo sustancial con las decisiones posteriores que se han producido sobre la misma cuestión²⁵. El requerimiento de la doble

²⁵ Se han perfilado o añadido, eso sí, detalles. Por ejemplo, en las sentencias *Openbaar Ministerie* de 17 de diciembre de 2020 (asuntos C 354/20 y C 412/20) y de 22 de febrero de 2022 (asuntos C 562/21 y C 563/2) se añade que para apreciar el riesgo real cabe valorar también las declaraciones o las actuaciones de autoridades públicas que puedan interferir en el tratamiento que ha de darse a un caso concreto, o se plantea la necesidad de ponderar el respeto de los derechos fundamentales de las personas cuya entrega se solicita con otros intereses, como la protección de los derechos de las víctimas y la lucha contra la impunidad. En la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 30 de junio de 2022, asunto 125/21 (IR) se señala que no hay obligación de transmitir a la persona contra la que se dirige una orden de detención la decisión nacional relativa a la detención de esa persona y la información acerca de las posibilidades de interponer recurso contra esa decisión mientras dicha persona se encuentre en el Estado miembro de ejecución de esa orden de detención y no haya sido entregada a las autoridades competentes del Estado miembro emisor de esta, etc.

comprobación se ha mantenido en todos los casos, tanto cuando –en la generalidad de los mismos– algunos Estados han propuesto prescindir de la segunda fase en razón del volumen que han ido cobrando las dificultades sistémicas de la Justicia en algunos países, como cuando se ha rechazado la entrega sin apreciar previamente situación sistémica alguna. Esto último, en el único caso en que, a petición del Tribunal Supremo español, el TJUE ha tenido que aclarar en la citada Sentencia de enero de 2023 que no se pueden rechazar euroórdenes a las bravas, sin haber constatado una quiebra sistémica del sistema judicial (ni tampoco, en este caso, un riesgo de ninguna naturaleza para los derechos de los afectados).

Lo que sí se aprecia en los asuntos que se han ido planteando ante el Tribunal de Justicia en relación con los procesos de reconocimiento mutuo y de cooperación entre jueces europeos, es el incremento de la incidencia en los mismos de argumentaciones basadas en la conflictividad que se está viviendo en el seno de la Unión, respecto de determinados Estados miembros, en relación con el respeto de los valores (art. 2 TUE), y, concretamente, con los contenidos del Estado de derecho y, muy singularmente, con los problemas de la independencia judicial.

De hecho, tras las tres Sentencias del TJUE de 2018 de las que me acabo de ocupar, (*Associação, Aranyosi y LM...*), es sabido que fue la propia Comisión la que llevó al Tribunal a resolver dos procedimientos de incumplimiento contra Polonia, seguidos luego de una avalancha de cuestiones prejudiciales por medio de las cua-

les los jueces polacos, húngaros o rumanos han puesto de relieve problemas serios de sus sistemas judiciales²⁶.

No puedo detenerme en los múltiples episodios de esta crisis en el seno de la Europa común, por lo demás bien conocidos a estas alturas no solo por los especialistas sino por las opiniones públicas de todos los Estados miembros. Una crisis tan grave que ha llevado a algún mandatario europeo a sugerir la exclusión del club a alguno de sus miembros o a incluir la cuestión del Estado de derecho como preocupación prioritaria en la agenda de los asuntos más demandantes de la actual presidencia de la Unión²⁷. Y, sobre todo, una crisis que ha forzado a las instituciones europeas a activar y acumular todos los recursos jurídicos ordinarios y extraordinarios disponibles desde el Tratado de Lisboa (los ar-

²⁶ Pueden verse Sentencias TJUE sobre asuntos como los planteados por la Comisión (C-619 y 192/18 y C-791/19), por jueces polacos (C-585/18, C-624/18, C-625/18, C-558/18, C-563/18, C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19, C-397/19, C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 y C-840/19, C-824/18, C-487/19, C-748/19 a C-754/19, o C-508/19), por jueces rumanos (C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19, C-397/19, C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 y C-840/19, o C-430/21), y por jueces húngaros (C-564/19). Aunque también la relativa a Malta a la que luego me referiré. Y no solo respecto de los países más implicados en la crisis, como pone de relieve la cuestión prejudicial presentada el 5 de diciembre de 2019 por el Tribunal Constitucional de Malta, elevada al Tribunal de Justicia respecto de la aplicación del art. 19 TUE, apdo. 1, párrafo segundo, y el art. 47 de la Carta, conjuntamente o por separado, para determinar la validez de los artículos de la Constitución de Malta que regulan la forma de designación de los Tribunales superiores (asunto C 896-19, resuelto en línea con lo ya conocido, por la STJUE de 20 de abril de 2021).

²⁷ El primer ministro neerlandés, Mark Rutte, llegó a sugerir el 10 de septiembre de 2020, en sede parlamentaria, refundar la Unión Europea sin Polonia y Hungría ante la debilidad de los mecanismos europeos existentes para garantizar el Estado de derecho. Y el 16 de enero de este año 2023, el Colegio de Comisarios se reunió al inicio de la presidencia sueca del Consejo, manteniendo que las cuestiones de Estado de derecho son una de las cuatro prioridades fijadas para este semestre.

títulos 7 y 19 del Tratado, la Carta de Derechos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, los recursos por incumplimiento, la atención urgente a cuestiones prejudiciales planteadas por jueces para la propia defensa de su estatus e independencia, multas muy cuantiosas, medidas cautelares e incluso cautelarísimas (*inaudita altera parte...*), ante una suma de amenazas graves en algunos Estados miembros, para la independencia judicial. Crisis, en fin, inédita, que incluso ha desbordado esos instrumentos de garantía hasta el extremo de que, cuando los mismos se han mostrado insuficientes ante resistencias reiteradas, se han aprobado de urgencia nuevas bases jurídicas para actuar sobre los fondos comunitarios en relación con dichos Estados.

De hecho, el nuevo Reglamento 2020/2092, de 16 de diciembre de 2020, sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión, que “establece las disposiciones necesarias para la protección del presupuesto de la Unión en caso de vulneración de los principios del Estado de derecho en los Estados miembros”, es todo un “texto refundido” sobre la importancia y el contenido del Estado de derecho como valor esencial de la Unión²⁸ y sobre el contenido de la independencia judicial que la Unión considera que los Estados deben

²⁸ Valores irrenunciables tanto para la adhesión inicial (Copenhague, 2003), como una vez integrado cada Estado “en una construcción jurídica que se basa en la premisa fundamental de que cada Estado miembro comparte con todos los demás Estados miembros, y reconoce que estos comparten con él, una serie de valores comunes en los que se fundamenta la Unión, como se precisa en el artículo 2 TUE. Esta premisa implica y justifica la existencia de una confianza mutua entre los Estados miembros en el reconocimiento de esos valores y, por lo tanto, en el respeto del Derecho de la Unión que los aplica (9). La legislación y las prácticas de los Estados miembros deben seguir respetando los valores comunes en los que se fundamenta la Unión”.

respetar²⁹, así como sobre las vías jurídicas que posibilitan la intervención de la Unión para la protección de todo ello (incluidas las establecidas en los artículos 7 y 19 del Tratado, principalmente). Con el añadido final, claro está, de actuar en caso de resistencia sobre los fondos europeos que corresponderían al país³⁰.

Lo cierto es que, como resultado de todo lo que está aconteciendo, el TJUE ha sentado su competencia para controlar la adecuación de los poderes judiciales de los Estados miembros (y de sus leyes reguladoras) a los valores de la Unión, sobre la base de que al ser jueces que aplican el Derecho europeo deben respetar los mismos, incluida la independencia judicial (con independencia de que en el caso concreto estén aplicando o no Derecho de la Unión), sometándose a las exigencias propias de la tutela judicial efectiva y de la independencia judicial que se derivan no solo de su propio ordenamiento nacional, sino también de las que impone el Derecho europeo consagradas en el art. 19 TUE para el poder judicial de la

²⁹ En el Reglamento se desgranar los siguientes: “independencia e imparcialidad de los jueces, recursos financieros y humanos suficientes, procedimientos que les permitan actuar de manera eficaz y en pleno respeto del derecho a un juicio justo e imparcial, incluido el respeto de los derechos de defensa, normas procesales no restrictivas, existencia de vías de recurso, ejecución efectiva de resoluciones y sentencias judiciales, no limitar la investigación, persecución o sanción de las infracciones, funciones jurisdiccionales con plena autonomía, sin estar sometido a ningún vínculo jerárquico o de subordinación respecto a terceros y sin recibir órdenes ni instrucciones de ningún tipo... Las garantías de independencia e imparcialidad postulan la existencia de reglas, especialmente en lo referente a la composición del órgano, así como al nombramiento, a la duración del mandato y a las causas de recusación y cese de sus miembros, que permitan excluir toda duda legítima en el ánimo de los justiciables en lo que respecta a la impermeabilidad de dicho órgano frente a elementos externos y en lo que respecta a su neutralidad con respecto a los intereses en litigio”.

³⁰ Vid. IGLESIAS SÁNCHEZ, S.: “La independencia judicial como principio constitucional en la UE: los límites del control por el Tribunal de Justicia de la UE”. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 50, 2022.

Unión. Y, en consonancia con lo anterior, el Tribunal ha venido delineando los requisitos que deben cumplirse para poder considerar que un sistema judicial se ajusta a aquellos valores y al elemento nuclear de la independencia.

Por lo insospechado del fundamento de este control (art. 19 TUE) y por la consecuencia final –que la profesora Magaldí resume diciendo que “no es que el TJUE se haya erigido en defensor del Estado Derecho de un país, sino en garante de la Unión de derecho, uno de cuyos pilares es la independencia de su Poder Judicial”– estamos –concluye esta profesora– “ante una verdadera revolución en el Derecho de la Unión Europea y en la construcción del proceso de integración europea: la afirmación, clara y rotunda, de la existencia de un auténtico Poder Judicial europeo”³¹.

4. La independencia judicial como problema sobrevenido para la relación entre jueces europeos

En la medida en que la independencia judicial se ha convertido en un problema y en la medida, también, en que, para resolverlo,

³¹ MAGALDI MENDAÑA, N.: “La construcción de un Poder Judicial europeo y las garantías de su independencia”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 125, 2022, págs. 127-157. Mientras esta profesora habla de “revolución” y la profesora Iglesias, citada en la nota anterior ha destacado el carácter de *land-mark case* de la interpretación del artículo 19 y ha puesto de relieve que, a partir de la misma, la tarea del Tribunal se adivina complicada, enormemente sensible en el terreno político e ingente porque todo el ámbito procesal e institucional de la organización judicial queda abierto en canal, al menos en potencia, para la revisión por parte del TJUE. Todo ello mediante un vínculo que no puede ser más laxo: “en la medida en que [un tribunal] esté facultado, en calidad de ‘órgano jurisdiccional’ ..., para pronunciarse sobre cuestiones relativas a la aplicación o interpretación del Derecho de la Unión... el Estado miembro de que se trata deberá garantizar que aquel órgano cumpla las exigencias inherentes a la tutela judicial efectiva, de conformidad con el artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo... Da la impresión [concluye] de que el artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, carece de límites”.

las instituciones de la Unión se han implicado en el control de los poderes judiciales nacionales y el TJUE está generando doctrina sobre el contenido de dicha independencia, la cooperación entre jueces europeos ha ido entrando paralelamente, en el último lustro, en otro estadio diferente y crecientemente complejo. Un estadio en el que no se trata ya de discutir tal o cual cuestión concreta más o menos controvertida sobre el régimen jurídico de los instrumentos de cooperación, algunas de las cuales reflejé páginas atrás. Más gravemente, lo que ahora se pone en cuestión es el fundamento mismo que hace posible la cooperación, como es la confianza.

De este modo, lo que no fue un elemento obstativo en el momento inicial, en el que se pusieron sobre la mesa objeciones y problemas de todo orden ante una novedad de tanta profundidad, se está convirtiendo en un problema sobrevenido, el mayor imaginable para la continuidad y crecimiento de los canales e instrumentos de cooperación entre los jueces europeos, nacidos de la confianza por la coincidencia en el respeto y la práctica de los mismos valores.

Ya lo advirtió la Gran Sala en el Auto de 17 de diciembre de 2018 de medidas provisionales, que en el citado asunto C-619/18, planteado por la Comisión, advirtió que el riesgo de pérdida de confianza en el sistema judicial polaco “puede poner en peligro la confianza de los Estados miembros y de sus órganos jurisdiccionales en el sistema judicial de la República de Polonia y, por consiguiente, en el respeto por parte de este Estado miembro del Estado de derecho”, señalando que, eventualmente, ello podría provocar la negativa del resto de Estados miembros en el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales dictadas por los órganos jurisdiccionales polacos, “lo cual puede

conllevar un perjuicio grave e irreparable en relación con el Derecho de la Unión”³².

De entrada, los desencuentros sobre la independencia judicial están dando lugar a un incremento significativo de la conflictividad ante el Tribunal de Justicia, no solo como consecuencia de recursos de incumplimiento o cuestiones prejudiciales articulados alrededor del artículo 19, sino igualmente como consecuencia de incidencias producidas en los procesos de reconocimiento mutuo y, muy en particular, como consecuencia de órdenes de detención y entrega.

La propia Resolución del Parlamento Europeo de 2020 ya se ha hecho eco de que los datos muestran una tendencia al alza en el número de órdenes de detención europeas emitidas y basta echar un vistazo a la relación de asuntos sobre la materia incluidos en el correspondiente listado de InfoCuria, para tomar conciencia del aumento de litigios sobre la cuestión. Si aún concretamos más y se pone el foco sobre el número de las sentencias dictadas en materia de cooperación judicial penal, dentro del espacio de libertad, seguridad y justicia, se constata que, si hasta el caso Aranyosi casi bastaban los dedos de una mano para contarlos (seis sentencias), desde entonces el número de fallos asciende a más de cuarenta (42, más todos los que quedan por resolver).

³² Más recientemente todavía, el propio Tribunal ha rebajado la presunción tantas veces repetida de que todos los países que se han incorporado a la Unión lo han hecho desde una confianza reconocida, al asumirse los mismos valores. Así, en la STJUE de 18 de mayo de 2021 (asuntos C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 y C-397/19) ha puesto de relieve que la aplicación a Rumanía y Bulgaria de los controles contenidos sobre justicia y corrupción en el MCV (Mecanismo de Cooperación y Verificación), se ha fundamentado en que la adhesión de un nuevo Estado a la Unión no implica la presunción de que su ordenamiento cumple completamente con las obligaciones que se derivan del Derecho de la Unión.

Esto por no hablar de la soltura con la que, dentro de este escenario de confusión y preocupación general, algunos países han decidido rechazar euroórdenes sin respeto alguno ni a la Decisión Marco ni a la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia. En España lo conocemos bien. La reciente Sentencia de 31 de enero de 2023 del TJUE sobre el asunto C-158/21 (Puig Gordi y otros) acaba de dejar en evidencia la contumacia de la Justicia belga en el rechazo indebido de euroórdenes españolas (antes, de solicitudes de extradición de terroristas)³³. Y todavía resuenan los ecos de la inconcebible denegación de cooperación judicial por parte del Tribunal Regional alemán de Schleswig-Holstein, despachando en dos días, con consideraciones insólitas sobre el fondo del asunto, la euroorden solicitada por el Tribunal Supremo español sobre un delito de la máxima gravedad y tras una compleja investigación de meses.

Dejando las preocupaciones españolas aparte, en un buen número de las consultas que se están elevando al Tribunal de Justicia sobre problemas para la detención y entrega por cuestionarse la independencia judicial del Estado emisor, los Estados que se plantean no cumplimentar la correspondiente euroorden van acumulando argumentos nacidos de la desconfianza para requerir del TJUE que prescindiera del criterio de la doble comprobación y acepte que se puedan denegar las solicitudes sobre la base exclusiva de la comprobación de la quiebra sistémica del sistema judicial de aque-

³³ También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó recientemente a Bélgica a indemnizar a los hijos de un militar asesinado por ETA, porque los jueces belgas no cumplieron con la obligación de cooperar con España atendiendo con rigor la euroorden solicitada para investigar y juzgar la posible participación en el atentado de la etarra Natividad Jáuregui. Tras el fallo de Estrasburgo, la Audiencia Nacional reactivó la euroorden y la entrega se produjo después de que el Tribunal de Casación belga lo acordara definitivamente, un mes después, en noviembre de 2020.

llos Estados que por esta vía o por la vía de las reclamaciones por incumplimiento, tienen sus sistemas judiciales constantemente puestos en cuestión estos últimos años (esencialmente, Hungría, Rumanía y, reiteradamente, Polonia)³⁴.

En el asunto *Openbaar Ministerie* (C-354/20 y C-412/20 antes citados) el juez que consulta la posible inexecución de la euroorden razona que lo sentenciado en LM no debe aplicarse ahora en este caso, porque, a su juicio, no se refería a los supuestos en los que las deficiencias sistémicas y generalizadas relativas a la independencia del poder judicial son de tal entidad que permiten presumir que hay riesgo efectivo de que se viole el derecho fundamental de toda persona acusada a un proceso equitativo, y que en consecuencia hay razones serias y fundadas para creer que la persona afectada correrá un riesgo real de que se vulnere su derecho fundamental a un proceso equitativo en caso de ser entregada a ese Estado miembro. Para reforzarlo, recuerda el recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión Europea contra la República de Polonia (asunto C-791/19) y el auto del Tribunal de Justicia de 8 de abril de 2020 sobre este asunto.

Y en la consulta prejudicial formulada por el Tribunal de Primera Instancia de Ámsterdam en los asuntos 562 y C-563/21, antes

³⁴ Tampoco faltan autores que requieren que el Tribunal prescinda de la segunda comprobación. Thomas WAHL, por ejemplo, ha insistido en la dificultad de los defensores para probar el riesgo personal concreto y de los jueces para comprobarlo. Y frente a la doctrina del TJUE, ha elogiado el valor de la Higher Regional Court of Karlsruhe y del Tribunal Constitucional alemán, que han entendido que las “*German courts are obliged to refuse the execution of an EAW if there are sufficient grounds to believe that the essential fundamental rights guarantees embodied in Art. 1 (human dignity) and Art. 20 (rule of law) of the German Constitution – the principles resistant to any integration compromise – are not ensured in the issuing (requesting) EU Member State*”. (En “EU Member State Refusal of European Arrest Warrants Due to Fair Trial Infringements”. *Euclim* 4/2020, págs. 321-330).

citados, se emplaza al TJUE a aclarar “si debe interpretarse que, cuando la autoridad judicial de ejecución que ha de decidir sobre la entrega de una persona objeto de una orden de detención europea dispone de datos que demuestran la existencia de deficiencias sistémicas o generalizadas relativas a la independencia del poder judicial del Estado miembro emisor, en particular en lo que respecta al procedimiento de nombramiento de los miembros de ese poder, dicha autoridad puede denegar la entrega debido a que, de producirse tal entrega, existirá un riesgo real de vulneración del derecho fundamental de esta persona a un proceso equitativo ante un juez establecido previamente por la ley, consagrado en el artículo 47, párrafo segundo, de la Carta, por cuanto:

- en el contexto de una orden de detención europea dictada para la ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad, no cabe interponer un recurso judicial efectivo contra una eventual vulneración de este derecho fundamental en el procedimiento que dio lugar a la condena de dicha persona y
- en el contexto de una orden de detención europea dictada para el ejercicio de acciones penales, la persona de que se trate no puede determinar, en el momento de su entrega, la composición de los órganos enjuiciadores que la juzgarán, en razón del sistema aleatorio conforme al cual se reparten los asuntos entre los tribunales en cuestión, y no existe, en el Estado miembro emisor, un recurso efectivo para impugnar la validez del nombramiento de los jueces”.

¿Resulta adecuado –se pregunta el juez de los Países Bajos– mantener el criterio de las Sentencias anteriores (cita los asuntos LM y *Openbaar Ministerie*) cuando: i) existe un riesgo real de que la persona afectada sea juzgada por un tribunal no establecido previamente por la ley, dadas las nuevas leyes aprobadas en Polonia; ii) no resulta posible determinar en ese momento la composición de los tribunales

que le juzgarán en razón del modo aleatorio en que se asignan los asuntos; y iii) no existe un recurso efectivo para impugnar la validez del nombramiento de jueces en Polonia en circunstancias en las que es evidente que la persona reclamada no puede comprobar en tal momento si los tribunales que la juzgarán estarán compuestos por jueces que no han sido nombrados legalmente?

En ambos casos, el TJUE mantiene su criterio de doble verificación, explicando que suprimir la segunda comprobación llevaría a suspender de facto la aplicación del mecanismo de la orden de detención europea en relación con ese mismo Estado miembro, cuando el Considerando 10 de la Decisión Marco reserva ese posible efecto a lo establecido en el artículo 7 TUE y, en definitiva, a una decisión del Consejo. Y añadiendo además que la existencia de derechos de terceros en el marco de procedimientos penales entraña para el Estado miembro de ejecución, en el contexto del mecanismo de la orden de detención europea, una obligación de cooperación.

Como muestra, reproduzco el fallo contenido en la Sentencia de 22 de febrero de 2022, que resuelve el segundo caso citado, en el que el TJUE responde que el consultante debe mantener el criterio conocido y “tras constatar la existencia de deficiencias sistémicas o generalizadas relativas a la independencia del poder judicial del Estado miembro emisor, que afectan en particular al procedimiento de nombramiento de los miembros de dicho poder, esa autoridad solo puede denegar la entrega de esta persona:

- en el marco de una orden de detención europea dictada para la ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad, si dicha autoridad constata que, en las circunstancias particulares del asunto, existen razones serias y fundadas para creer que, habida cuenta, en concreto, de los datos aportados por esa persona en relación

con la composición del órgano enjuiciador que conoció de su causa penal o con cualquier otra circunstancia pertinente para apreciar la independencia e imparcialidad de ese órgano enjuiciador, se vulneró el derecho fundamental de dicha persona a un proceso equitativo ante un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley, que se consagra en el artículo 47, párrafo segundo, de la Carta, y,

– en el marco de una orden de detención europea dictada para el ejercicio de acciones penales, si la referida autoridad constata que, en las circunstancias particulares del asunto, existen razones serias y fundadas para creer que, habida cuenta, en particular, de los datos aportados por la persona de que se trate en relación con su situación personal, la naturaleza de la infracción que se le imputa, el contexto fáctico en que se enmarca dicha orden de detención europea o cualquier otra circunstancia pertinente para apreciar la independencia e imparcialidad del órgano enjuiciador que probablemente conocerá del procedimiento relativo a dicha persona, esta corre, en caso de entrega, un riesgo real de que se vulnere este derecho fundamental”.

Pero si es cierto que el Tribunal no ha modificado su jurisprudencia, no lo es menos que, al igual que han hecho los consultantes en sus escritos, los jueces de Luxemburgo no han podido evadirse de los problemas que otras sentencias basadas en los artículos 19 TUE y 47 de la Carta están poniendo paralelamente de manifiesto, de forma que en los fallos sobre reconocimiento mutuo penal, al tiempo que se mantiene la doctrina original, se deslizan cada vez más concreciones (“pistas”, cabría decir) para justificar en el seno de la euroorden motivos de inadmisión vinculados a la independencia judicial.

Así, por seguir ejemplificándolo con la STJUE de 22 de febrero de 2022, cuyo fallo acabo de reproducir, el Tribunal avanza detalles como los siguientes:

a) Para la fase de comprobación del colapso sistémico:

- independencia e imparcialidad presuponen la existencia de reglas, especialmente en lo referente a la composición del órgano jurisdiccional, así como al nombramiento, a la duración del mandato y a las causas de inhibición, recusación y cese de sus miembros, que permitan excluir toda duda legítima en el ánimo de los justiciables en lo que respecta a la impermeabilidad de dicho órgano frente a elementos externos;

- en cuanto a las decisiones de nombramiento, es particularmente necesario asegurarse de que las condiciones materiales y las normas de procedimiento que rigen la adopción de dichas decisiones impiden que se susciten dudas legítimas en lo referente a los nombrados; para determinar que se ha incumplido la exigencia de un tribunal establecido previamente por la ley y las consecuencias de tal incumplimiento, es preciso realizar una apreciación global de un cierto número de elementos que, conjuntamente considerados, contribuyen a suscitar dudas legítimas;

- en lo concerniente a la exigencia de un tribunal establecido previamente por la ley, la expresión “establecido por la ley” se refiere también a la composición del órgano enjuiciador en cada asunto; además engloba, por su propia naturaleza, el proceso de nombramiento de los jueces... aunque no toda irregularidad en el procedimiento de nombramiento de los jueces puede considerarse constitutiva de vulneración... sí cuando esa irregularidad es de tal naturaleza y gravedad que crea un riesgo real de que otras ramas del poder, en particular el Ejecutivo, puedan poner en peligro la integridad del proceso de nombramiento y que origine así una duda legítima... que un órgano, como un Consejo Nacional del Poder Judicial, que interviene en el proceso de designación de los jueces esté compuesto, de manera preponderante, por miembros elegidos por el poder legislativo no puede, por sí sola, llevar a dudar de la independencia de los jueces nombrados como resultado de dicho proceso, sin embargo, puede no ocurrir lo mismo cuando dicha circunstancia conjugada con otros elementos pertinentes y con las condiciones en las que se realizaron dichas elecciones llevan a que se susciten tales dudas.

b) Para la segunda fase:

- no basta, a tal efecto, con la información que acredita que uno o varios de los jueces que participaron en el procedimiento que dio lugar a la condena de la persona cuya entrega se solicita fueron nombrados a propuesta de un órgano compuesto de manera preponderante por miembros que representan a los poderes legislativo o ejecutivo o que fueron elegidos por estos poderes, como es el caso del CNPJ desde la entrada en vigor de la Ley de 8 de diciembre de 2017;

- se requeriría además que la persona de que se trate aportase, con respecto al órgano enjuiciador que conoció de su causa penal, datos relativos, en particular, al procedimiento de nombramiento del juez o jueces en cuestión y a la eventual circunstancia de que estos fueran adscritos a dicho órgano en comisión de servicios... mediante decisión del ministro de Justicia, adoptada sobre la base de criterios no conocidos de antemano y revocable en cualquier momento o mediante decisión de este ministro que no se motiva, puede constituir una razón seria y fundada para concluir que existe un riesgo real de vulneración;

- han de tenerse en cuenta la eventual posibilidad de que dicha persona recuse, en el Estado miembro emisor, a uno o varios miembros del órgano enjuiciador por motivos relacionados con una vulneración de su derecho fundamental a un proceso equitativo... la circunstancia de que tal recusación solo pueda formularse, en su caso, en el contexto de una orden de detención europea dictada para el ejercicio de acciones penales, una vez que la persona de que se trate haya sido entregada y conozca la composición del órgano enjuiciador que sustanciará la causa penal seguida contra ella carece de pertinencia en el marco de la apreciación de la existencia de un riesgo real de que, en caso de entrega, se vulnere este derecho fundamental de dicha persona.

Es solo un botón de muestra. Lo relevante es que, en definitiva, los problemas de la independencia judicial están afectando ya tanto al fundamento como a la aplicación de los procedimientos para el reconocimiento mutuo de decisiones entre los jueces euro-

peos, abriendo una puerta al desmantelamiento de un edificio levantado con paciencia³⁵. La cuestión ahora es como propiciamos colectivamente que esa puerta se mantenga cerrada.

5. El reto de salvaguardar la confianza en la relación entre los jueces europeos

Salvaguardar el principio de confianza en la relación entre los jueces europeos en un escenario en el que las instituciones europeas están utilizando medios extraordinarios respecto de los poderes judiciales de algunos Estados miembros, no es sencillo.

La profesora Ragone ha escrito que “la diversidad de identidades nacionales no supone un obstáculo cuando resulta evidente la voluntad de los Estados miembros de cumplir con los valores fundamentales, sincretizados en las tradiciones constitucionales comunes; pero, en el contexto actual, donde determinados Estados miembros han manifestado abiertamente sus intenciones de contrariar los principios y los valores más básicos del ordenamiento jurídico europeo, resulta absolutamente incoherente –e incluso descabellado– mantener los cimientos del proceso de integración sobre la presunción de que los Estados miembros cumplen con el Derecho de la Unión Europea”³⁶.

³⁵ Tomo la expresión del abogado general Richard DE LA TOUR, quien, en sus conclusiones presentadas el 14 de julio de 2022, en el asunto C 158/21 (Puig Gordi y otros), ha puesto de manifiesto que una aplicación de la euroorden que pusiera en cuestión la confianza entre tribunales y el reconocimiento mutuo de sus resoluciones “supondría abrir la puerta al desmantelamiento de un edificio levantado con paciencia”. Y ello, como dice el Auto de 17 de diciembre de 2018 que cité páginas atrás, conllevaría a su vez “un perjuicio grave e irreparable en relación con el Derecho de la Unión”.

³⁶ RAGONE, Sabrina: “El giro ‘reactivo’ de la identidad europea: condicionamiento de fondos y confianza mutua”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 37. Enero-Junio de 2022.

Presunciones al margen, lo cierto es que, como dije al comienzo de este trabajo, sin independencia judicial no cabe confianza, sin confianza no puede funcionar el reconocimiento mutuo de decisiones y sin la cooperación por la vía del reconocimiento mutuo no cabe desarrollar la comunidad jurídica que hace posible el desarrollo de la Unión.

Así que, al igual que en el momento fundacional de la cooperación judicial penal hubo que superar numerosos y no menores inconvenientes, ahora toca superar las dificultades que plantea este momento no sencillo en la evolución de la comunidad jurídica europea. Tiene razón el Parlamento Europeo cuando en su citada Resolución de diciembre de 2020 ha señalado que “cualquier retroceso en la aplicación del principio de reconocimiento mutuo en materia penal puede tener consecuencias negativas y afectar a su aplicación en otros ámbitos, como el mercado interior, y que la aplicación incorrecta de la orden de detención europea podría tener efectos perjudiciales para la cooperación policial y judicial en toda la Unión, para las personas implicadas y sus familias, para el funcionamiento del espacio Schengen y para los derechos fundamentales”.

Y tiene razón el Parlamento cuando, ante la situación actual, ha mostrado su convicción sobre la necesidad de actualizar el régimen jurídico del reconocimiento mutuo en la justicia penal y, concretamente, en su piedra angular, la euroorden, para fortalecerla. Convicción en la que además ha incorporado ya entre las razones principales para la reforma “la necesidad de proteger los procesos democráticos y el Estado de derecho” (junto a otras como las nuevas formas de delincuencia organizada, el impacto exponencial de la criminalidad en internet o la persistencia de la amenaza terrorista), tal y como enfatizó Javier Zarzalejos, eurodiputado ponente del Informe, al presentar públicamente el proyecto de la Comisión.

Basta reproducir algunos de los considerandos del texto finalmente aprobado por el Parlamento Europeo para comprobar la significación que se otorga a reforzar esta dimensión ahora problemática de la cooperación entre jueces europeos:

Considerando que el reconocimiento mutuo requiere un alto grado de confianza mutua entre los Estados miembros y es la consecuencia de compartir un concepto común del Estado de derecho y los derechos fundamentales; que, en la presente coyuntura, de histórica y crucial importancia, la Unión necesita esa confianza para superar los desafíos comunes; que el fortalecimiento de la confianza es fundamental para el buen funcionamiento de la orden de detención europea;

Considerando que el establecimiento de un mecanismo de la Unión para la democracia, el Estado de derecho y los derechos fundamentales debería servir para reforzar la confianza mutua, [...] que un mecanismo de la Unión para la democracia, el Estado de derecho y los derechos fundamentales podría contribuir a la consecución de una aplicación coherente en los casos de denegación de la ejecución por violación de los derechos fundamentales y, por lo tanto, podría mejorar el reconocimiento mutuo entre los Estados miembros;

Considerando que la confianza mutua requiere que los Estados miembros respeten el Derecho de la Unión y, más en concreto, tanto los derechos fundamentales reconocidos por la Carta como el Estado de derecho, y en particular la independencia del poder judicial;

Considerando que la orden de detención europea ha contribuido a desarrollar y consolidar el espacio de libertad, seguridad y justicia; que el artículo 6 del TUE, relativo a la Carta y el CEDH, el artículo 8, el artículo 15, apartado 3, y los artículos 16 y 18 a 25 del TFUE, las Directivas sobre derechos procesales y la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de las víctimas son elementos cruciales del marco del espacio de libertad, seguridad y justicia;

Considerando que la pertenencia a la Unión implica el respeto de una serie de valores como la dignidad humana, la libertad, la democracia,

la igualdad, el Estado de derecho y el respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías, como se establece en el artículo 2 del TUE y en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros en el marco de su cumplimiento...

Partiendo entonces de que existe conciencia de que en el momento presente no se trata tan solo de ajustar detalles en las reglas de la euroorden, sino de afrontar las dificultades para salvaguardar la confianza que hace posible la cooperación entre los jueces europeos, reflejo por mi parte unas breves consideraciones finales que podrían tener alguna utilidad para acometer semejante tarea.

En primer lugar, me parece importante tener claro que debe ser el “legislador” el que debe afrontar la cuestión, para dar sostenibilidad y visión de conjunto a las medidas que hayan de adoptarse. Aliviando además a los jueces de tener que hacer equilibrios entre la confianza y los derechos en cada caso concreto, lo que en la situación presente tiene especial mérito pero deja también abiertas muchas interrogantes, porque no resulta fácil mantener que, mientras se afronta con severidad la cuestión de la independencia judicial a unos efectos (el respeto a los valores de la Unión) que pueden llevar, al final de los procesos, a la aplicación de medidas tan extraordinarias como las previstas en el artículo 7 TUE o en el mecanismo de condicionalidad, se proclame al mismo tiempo, en aras a no arruinar la cooperación entre jueces nacionales, que la constatación de la falta de independencia judicial sistémica no sea suficiente para rechazar órdenes de entrega sin una constatación añadida (por lo demás nada sencilla) de cómo ello va a repercutir efectivamente en los derechos del concreto afectado.

En este sentido, Cortés Martín ha advertido –tras poner de manifiesto que el riesgo más apuntado por la doctrina en relación con la estrategia que han seguido las instituciones de la Unión Eu-

ropea para lograr este objetivo se concentra en la divergencia que ha caracterizado la actuación pasiva de las instituciones políticas que han adoptado una actitud que ha sido calificada como “pasiva” frente al intervencionismo del Tribunal de Justicia— sobre “los riesgos derivados de un excesivo activismo judicial, ya que la transformación de la integración europea por parte de una de las instituciones de la Unión que carecen de legitimidad democrática puede llegar a poner en entredicho la legitimidad de la Unión”. En este sentido, afirma acertadamente De Gregorio Merino que “no se puede cargar todo el peso de una crisis, la del Estado de derecho, que no es solo jurídica o institucional sino eminentemente política, en una institución judicial”³⁷.

Además, conviene no olvidar que, como resaltó en el año 2020 el documento de evaluación de la orden europea de detención y entrega elaborado por el Servicio de Estudios del Parlamento Europeo antes citado³⁸, el TJUE ha encomendado a las autoridades judiciales de ejecución la responsabilidad de evaluar si en cada caso hay motivos fundados para creer que el sospechoso buscado correrá

³⁷ CORTÉS MARTÍN, J.M.: “Sorteando los inconvenientes del artículo 7 TUE: el advenimiento del control jurisdiccional del Estado de derecho”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 66, 2020, págs. 499-500. Y la cita de DE GREGORIO MERINO, A., en “El nuevo régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 71, 2022, págs. 24-25.

³⁸ Unidad de Evaluación Ex Post PE 642.839 - junio de 2020. Puede verse en este documento el interesante contraste entre dos posiciones igualmente razonables: para algunos, ha sido una decepción el hecho de que el TJUE ampliara a la cuestión del Estado de derecho el planteamiento en dos etapas relativo a las condiciones carcelarias; pero al mismo tiempo se aprecia que los distintos jueces tratan de defender su independencia y un proceso equitativo aun cuando sufran presiones políticas, de manera que suspender todas las entregas podría quitarles un incentivo para seguir actuando en esa dirección.

un riesgo real de que se viole el contenido esencial del derecho a un proceso equitativo, en el contexto de una amenaza más general al Estado de derecho en el Estado miembro de emisión.

En segundo lugar, me parece que las reformas han de afrontarse con la visión de conjunto que requiere una situación “que ha dado lugar a un debate de fondo sobre cuestiones esenciales relativas al contenido de los valores y principios de la Unión Europea, su ‘justiciabilidad’ ante el TJUE, y las competencias y límites de la jurisdicción de dicho Tribunal. La independencia judicial como elemento del Estado de derecho se ha convertido, en este contexto, en el buque bandera del debate sobre la ‘normativización’ de los valores de la Unión recogidos en el artículo 2 TUE, que ha pasado a ocupar en la última década la primera línea de la discusión sobre la constitucionalización de la UE” (Iglesias Sánchez³⁹).

Quiere decirse que en la elaboración de futuras iniciativas normativas ha de trabajarse no solo sobre las cuestiones problemáticas sobre la euroorden constatadas a lo largo de los años, sino teniendo también especialmente presentes las circunstancias de la actual crisis de la independencia judicial en el seno de la Unión. Tanto para adoptar medidas concretas que permitan encapsular que el comportamiento sistémico de unos pocos no se lleve por delante la confianza entre muchos –y prever de paso cómo debe actuarse con los Estados miembros que, sin problemas sistémicos, no aplican la euroorden en sus debidos términos–, como para afrontar cómo se traslada al terreno de la cooperación entre jueces el hecho desde luego no menor

³⁹ IGLESIAS SÁNCHEZ, S.: “La independencia judicial...”, cit. Vid. También de la misma autora “La jurisprudencia constitucional comparada sobre la orden europea de detención y entrega, y la naturaleza jurídica de los actos del tercer pilar”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 35, enero/abril 2010, págs. 169-192.

de que, a la postre y como consecuencia de la necesidad de afrontar unos problemas insospechados, se haya llegado a dos realidades inesquivables: que se ha considerado a las instituciones de la Unión legitimadas para controlar el respeto a la independencia judicial en los Estados miembros y que a tal efecto se está conformando un corpus de los elementos definitorios de la independencia judicial exigibles a todos los sistemas judiciales europeos.

Para afrontar la respuesta que merecen los comportamientos sistémicos hay quien, por ejemplo, ha vuelto directamente los ojos al Considerando 10 de la Decisión Marco y, en consecuencia, al artículo 7 del Tratado, que podría acomodarse a las nuevas dificultades de la euroorden generadas por algunos Estados. Aunque el Parlamento Europeo ha considerado conveniente recordar que en el estado actual de cosas y a tenor de la jurisprudencia del TJUE, la activación del artículo 7, apartados 1 y 2, del TUE no justifica un no reconocimiento automático, precisamente por la excepción que determina la importancia de la cooperación en materia penal y el funcionamiento del sistema de cooperación judicial de la Unión en su conjunto (razón por la cual, como hemos visto, el Tribunal impone a las autoridades de ejecución examinar en cada caso concreto si existen motivos fundados para considerar que, tras la entrega, la persona correrá el riesgo de que se vulneren sus derechos fundamentales).

Hay también quien incluso ha propuesto que se tome como posible punto de referencia la aplicación a un grupo de Estados miembros de la cláusula de salvaguardia prevista en el artículo 39 del Protocolo de adhesión de Rumanía y Bulgaria, en virtud de la cual la Comisión puede decidir una suspensión provisional de los instrumentos basados en el principio del reconocimiento mutuo en caso de problemas.

En cuanto al corpus de requisitos con el que el TJUE está definiendo sentencia a sentencia la independencia judicial a nivel europeo, cada día es más completo, abarcando ya todo tipo de concreciones sobre el ejercicio de las funciones jurisdiccionales con independencia y autonomía, como la inamovilidad de los jueces, la duración del mandato y las causas de cesación del mismo, la reducción de la edad de jubilación o la prórroga discrecional de algunos, el hecho de que los jueces perciban un nivel de retribuciones en consonancia con sus funciones, las demás condiciones laborales, las infracciones y sanciones y los procedimientos disciplinarios ante una instancia cuya independencia debe estar garantizada, la posibilidad de impugnar judicialmente las decisiones de los órganos disciplinarios, los criterios de asignación de las causas, el reparto competencial, las causas de inhibición, recusación y cese de sus miembros, la responsabilidad patrimonial de los magistrados, las fases de un proceso equitativo, el tratamiento del error judicial, o la composición de los órganos de gobierno de los jueces, “que deberán estar formados por una parte significativa de estos profesionales, elegidos por ellos mismos”. También, obviamente, la independencia de la Fiscalía, etc.

Es imposible que ello no trascienda en las euroórdenes, tanto más cuando la Unión se ha constituido hoy en garante del respeto de la independencia de los jueces y del debido proceso. De hecho, las precisiones que va sentando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre cada uno de aquellos extremos están teniendo ya repercusiones en ámbitos del Derecho de la Unión ajenos al objetivo directo para el cual se pronuncian esas definiciones. Por citar un ejemplo, cabe recordar que, a la luz de la jurisprudencia reciente sobre la independencia y sobre la consideración de un órgano como judicial a tenor de la misma, el Tribunal ha revisado la definición

de órgano judicial habilitado para plantear cuestiones prejudiciales (art. 267 TFUE⁴⁰).

Y en lo que se refiere a los instrumentos de reconocimiento mutuo, ya he reflejado páginas atrás que estos elementos empiezan a detallarse como pautas en las sentencias sobre la cooperación penal y, aunque en los fallos se mantiene la prudencia de que ha de ser el órgano jurisdiccional remitente quien, en último término, tendrá que pronunciarse y llevar a cabo tanto las comprobaciones generales como las particulares, lo cierto es que el TJUE ha empezado a referenciar con detalle los elementos de interpretación propios de cada caso.

Hay, por tanto, que pensar a fondo sobre cómo compatibilizar ambos procesos, el del control de la independencia de los jueces nacionales por la Unión y el de la repercusión de los efectos de ese control sobre la articulación en los procesos de reconocimiento mutuo del equilibrio entre el mantenimiento del bien irrenunciable de la confianza y el alcance del derecho a la tutela judicial efectiva, a un juez independiente y a un proceso equitativo.

Hay aquí pendiente, de forma notoria y a todos los efectos, una cuestión de trazado de límites. En lo que respecta a la aplicación de los procesos de cooperación entre jueces para el equilibrio que acabo de mencionar, pero también en el interior de este nuevo territorio de la garantía por las instituciones comunes de la independencia de los jueces nacionales. Dicho en otros términos, es preciso determinar los límites de las posibilidades abiertas tanto por las concreciones que se están haciendo del artículo 47 de la Carta, como por

⁴⁰ *Vid.* la Sentencia de 21 de enero de 2020, dictada en el asunto C-274, relativo Tribunal Económico Administrativo Central español, al que una sentencia había reconocido hace veinte años legitimación para plantear cuestiones prejudiciales, lo cual se descarta ahora por su naturaleza administrativa.

los efectos que se están sacando de ello mediante la interpretación del artículo 19 del TJUE (o los que se puedan sacar en el futuro a efectos del artículo 1.3 de la Decisión Marco reguladora de la euroorden). Para apreciar la relevancia de todo esto me basta con apuntar lo que generaría que alguna de las exigencias que se han impuesto a los países hasta ahora afectados (por ejemplo, exigir que el Consejo Nacional del Poder Judicial de la República de Polonia “sea independiente de los Poderes Legislativo y Ejecutivo”), se convirtiesen en categoría para el conjunto de los Estados miembros⁴¹.

En la evaluación realizada por los servicios del Parlamento Europeo en 2020 se ha llegado a aventurar que “a medio plazo, por razones de legitimidad democrática, seguridad jurídica y coherencia con otras medidas en materia de cooperación judicial y de derechos procesales, se recomienda una ‘lisbonización’ de la Decisión Marco sobre la orden de detención europea, proceso que podría formar parte de una propuesta de código de cooperación judicial en la UE en materia penal”. Y la profesora Ruiz Tarrías ha aventurado, a su vez, que tras las Sentencias Aranyosi y LM estamos al principio de un largo viaje “que puede transitar por el camino de la creación de

⁴¹ Para apreciar la importancia de tener claros los límites sobre el eventual traslado al ámbito del reconocimiento mutuo de los contenidos que el TJUE está fijando como propios de la independencia judicial a otros efectos, es muy ilustrativo leer las Conclusiones del abogado Jean Richard DE LA TOUR antes citadas. Entre otras cosas refleja que, llegado el caso, la multiplicación de los controles que la autoridad requerida podría tener que realizar a este respecto podría menoscabar el objetivo de luchar contra la impunidad perseguido por la Decisión Marco 2002/584 y, en su caso, otros intereses, como la necesidad de respetar los derechos fundamentales de las víctimas de las infracciones de que se trate. Además, por ejemplo, “las dificultades relativas a la competencia de los tribunales se resuelven mediante las normas procesales de Derecho interno, que los tribunales del Estado miembro emisor son quienes mejor pueden aplicar, garantizando así la protección del derecho fundamental a ser juzgado por un tribunal establecido por la ley”.

un mecanismo global de la Unión para la democracia, el Estado de derecho y los derechos fundamentales”⁴².

Por mi parte, lo que creo es que hay motivos sobrados para abrir la reflexión previa a una decidida toma de decisiones, que ya urge, para fortalecer los instrumentos de reconocimiento mutuo y fijar su régimen jurídico dentro de contornos seguros, una vez que se han producido los acontecimientos reseñados y ante sus posibles desarrollos de futuro. Una reflexión que, además, ha de ser obligadamente panorámica para prever las repercusiones cruzadas de este conjunto complejo de cuestiones que, girando alrededor de la independencia judicial, afectan confusamente, al mismo tiempo pero no de la misma manera, a la protección por las instituciones comunitarias de los valores de la Unión y a los procedimientos de cooperación en materia penal entre los jueces de los países miembros (y, a la postre, al ejercicio de la justicia no condicionada por unas fronteras que ya no existen para todo lo demás).

Como solo es posible conseguir aquello en lo que se pone empeño, tal y como se demostró en 2002 al inaugurarse con fortuna el camino no sencillo de la cooperación judicial en materia penal, ahora de lo que se trata es de ponerse, con el mismo espíritu, manos a la obra.

⁴² RUIZ TARRÍAS, S.: “La decisión marco sobre la orden europea de detención y entrega reinterpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 23(2), págs. 459-490.

LEOPOLDO CALVO-SOTELO IBÁÑEZ-MARTÍN

Ltrado Mayor del Consejo de Estado

El significado del artículo 7 del Tratado de la Unión Europea para la independencia judicial

I. Introducción. El artículo 7 del Tratado de la Unión Europea y la evolución de las relaciones entre ordenamientos jurídicos

El artículo 7 del Tratado de la Unión Europea ha tenido hasta la fecha la aplicación escasa y fragmentaria que corresponde a una norma de Derecho excepcional¹. Sin embargo, su alcance en lo que hace a las relaciones entre el Derecho de la Unión Europea y los ordenamientos de los Estados miembros ha sido de tal magnitud que el estudio del precepto requiere una breve introducción de carácter histórico, cuyo punto de partida ha de ser la concepción dualista clásica de la relación del Derecho internacional con los Derechos internos de los Estados.

¹ Dicha excepcionalidad se refleja en la conocida la frase del entonces presidente de la Comisión, Barroso, que se refirió al artículo 7 TUE como la “opción nuclear” (SPEECH/13/684, Barroso (President of the European Commission), “State of the Union address 2013”, 11 Sept. 2013).

Como es sabido, cuando a finales del siglo XIX la escuela dualista contemplaba el Derecho internacional y el Derecho interno de un Estado veía dos sistemas totalmente independientes, cada uno con su propio fundamento de validez y con distintos sujetos y fuentes normativas. Ocurría, eso sí, que el Estado venía obligado a adaptar su ordenamiento interno para asegurar el cumplimiento de las normas internacionales a las que estaba sujeto. Pero, dejando aparte los mecanismos propios de dicha adaptación, Derecho internacional y Derecho interno tenían poco contacto y su influencia recíproca era muy limitada. En realidad, desde el punto de vista conceptual, lo característico de las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno era precisamente el recíproco desinterés, que llegaba al extremo de que para un órgano jurisdiccional internacional las normas de Derecho interno tenían la naturaleza de simples hechos².

Por otra parte, las relaciones entre los distintos ordenamientos jurídicos estatales eran igualmente tenues y escasas. Por ejemplo, el reconocimiento de sentencias extranjeras se veía con recelo y de ahí que el artículo 955 de nuestra vieja Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 atribuyera la competencia para dicho reconocimiento nada menos que al Tribunal Supremo, que ejercía en este punto una insólita función de instancia. En suma, lo propio del Estado liberal decimonónico era la insularidad jurisdiccional³. Ciertamente, el derecho com-

² Se suele citar, en este sentido, la sentencia de 25 de mayo de 1926 del Tribunal Permanente de Justicia Internacional en el asunto de los intereses alemanes en la Alta Silesia polaca (Serie A. n.º 7, 19).

³ En este sentido, con mayor amplitud, CALVO-SOTELO IBÁÑEZ-MARTÍN, Leopoldo, “El juez europeo como juez nacional: la importancia del Derecho de los Estados miembros en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, con especial referencia a las sentencias nacionales en materia de marcas”, en *El juez nacional en su condición de juez europeo*, ALONSO GARCÍA y UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, dirs., European inklings, n.º 17, Oñati, 2019, pp. 20-22.

parado floreció durante la llamada *belle époque* y su cultivo continúa hasta nuestros días, pero su relevancia es predominantemente académica y siempre ha tenido un algo de afición diletante⁴.

A partir del primer tercio del siglo XX, la radical separación del Derecho internacional y el Derecho interno quedó muy atenuada por obra de la escuela monista, que en cierta medida preparó el camino para la que iba ser la verdadera revolución en el sistema de relaciones entre ordenamientos jurídicos, es decir, para la introducción del principio de eficacia directa del Derecho comunitario europeo en el Derecho de los Estados miembros. Con razón se pudo escribir, en el cincuenta aniversario de la sentencia del Tribunal de Justicia que estableció el principio, que “en los anales de las decisiones judiciales de los tribunales internacionales, ninguna se acerca a *Van Gend en Loos* en la profundidad de su impacto sistémico y conceptual”⁵. Como dijo más adelante el propio Tribunal de Justicia en su sentencia *Costa Enel* de 15 de julio de 1964, “a diferencia de los Tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE creó un ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros desde la entrada en vigor del tratado y que vincula a sus órganos jurisdiccionales”.

⁴ El gran comparatista René DAVID escribió que “hay que temer y combatir la dispersión y el diletantismo, que son los grandes peligros a los que están expuestos sin tregua los estudios jurídicos comparativos” (“Réflexions sur l’organisation et le rôle des instituts de droit comparé”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1955, p. 127. La traducción del original francés es mía, como lo son las demás traducciones de textos en francés o en inglés que se citan en el texto). Más sobre el papel del Derecho comparado puede verse en la nota 54 de este mismo capítulo.

⁵ H.H. WEILER, Joseph, “Revisiting Van Gend en Loos: Subjectifying and Objectifying the Individual”, 50th Anniversary of the Judgment in Van Gend en Loos 1963-2013, Conference Proceedings, Court of Justice of the European Union, 2013, p. 11.

De la mano del principio de eficacia directa y de su complemento indispensable, el principio de primacía, el hoy Derecho de la Unión Europea ha demostrado una formidable capacidad de penetración en los ordenamientos de los Estados miembros. Esa penetración ha venido ordenada por el Tribunal de Justicia principalmente a través de dos instrumentos procesales: las cuestiones prejudiciales suscitadas por los tribunales nacionales y los recursos por incumplimiento presentados por la Comisión. Como ocurre con cualquier proceso, el ámbito de la cuestión prejudicial y del recurso por incumplimiento está definido por la pretensión interpuesta, por las circunstancias del caso de que se trate y por las normas jurídicas que resulten aplicables. Quiere ello decir que, en cada caso, y por la estructura misma del proceso, sólo se pone en cuestión la aplicación por un Estado miembro de un número limitado de normas durante un tiempo relativamente corto. El despacho de una cuestión prejudicial o de un recurso por incumplimiento no suele traer consigo el examen por el Tribunal de Justicia de todo un sector del ordenamiento jurídico de un Estado miembro y de su aplicación durante largo tiempo⁶.

Pues bien, todas estas limitaciones características del Derecho procesal no se dan cuando se trata de la aplicación del artículo 7 del Tratado de la Unión Europea, que establece un procedi-

⁶ Sin embargo, la doctrina ha señalado que en la sentencia dictada en el asunto Comisión vs. Irlanda, C-494/01, el Tribunal de Justicia declaró que puede utilizar un recurso por incumplimiento para constatar una situación de incumplimientos generales y continuados en un Estado miembro. Ver, en este sentido, “Guest Editorial”, Armin VON BOGDANDY, Piotr BOGDANOWICZ, Iris CANOR, Maciej TABOROWSKI and Matthias SCHMIDT, *Common Market Law Review* 55, 2018, p. 990.

miento singularísimo, de naturaleza que puede llamarse constitucional, y en cuya tramitación no interviene el Tribunal de Justicia⁷.

En lo que aquí interesa, el artículo 7 dispone en su apartado 1 que “a propuesta motivada de un tercio de los Estados miembros, del Parlamento Europeo o de la Comisión, el Consejo, por mayoría de cuatro quintos de sus miembros y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2”. El apartado 2 del mismo artículo 7 añade que “el Consejo Europeo, por unanimidad y a propuesta de un tercio de los Estados miembros o de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de una violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2 tras invitar al Estado miembro de que se trate a que presente sus observaciones”. Con arreglo al artículo 7.3 TUE, cuando se haya efectuado la constatación contemplada en el apartado 2, el Consejo podrá poner en marcha un mecanismo sancionador en cuyo detalle no hemos de entrar ahora. Por último, el artículo 2 del propio Tratado de la Unión Europea declara que “la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”.

⁷ Como procedimiento excepcional, no jurisdiccional y con una doble dimensión jurídica y política, el previsto en el artículo 7 TUE tiene alguna semejanza con el “impeachment” previsto en la Constitución de los Estados Unidos.

El supuesto de hecho que da lugar a la aplicación del mecanismo sancionador del artículo 7 TUE es el enunciado en su apartado 2, que se acaba de transcribir. Se trata de la “violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2”. Esta definición puede completarse con una referencia a la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 11 de marzo de 2014, COM (2014) 158 final, cuyo lema es el de “Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de derecho”. Dicha comunicación instituye un procedimiento “con el fin de prevenir la aparición en [un] Estado miembro de una amenaza sistémica para el Estado de derecho que pueda convertirse en un ‘riesgo claro de violación grave’ en el sentido del artículo 7 del TUE, lo que exigiría poner en marcha los mecanismos contemplados en dicho artículo”⁸. El nuevo marco establecido por la comunicación que se cita “se activará en situaciones en que las autoridades de un Estado miembro estén adoptando medidas o tolerando situaciones que puedan afectar sistemática y negativamente a la integridad, la estabilidad o el buen funcionamiento de las instituciones y los mecanismos de salvaguardia establecidos a nivel nacional para garantizar el Estado de derecho”⁹. Más adelante, la comunicación precisa que “el principal objetivo del marco es hacer frente a las amenazas que pesan sobre el Estado de derecho (...) que tengan un carácter sistémico”¹⁰.

De este modo, el supuesto de hecho básico del artículo 7.2 TUE se complementa en la recién citada Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 11 de marzo de

⁸ COM (2014) 158 final, Sección 4, primer párrafo.

⁹ COM (2014) 158 final, Sección 4.1, primer párrafo.

¹⁰ COM (2014) 158 final, Sección 4.1, tercer párrafo.

2014¹¹. Del lenguaje que utiliza la comunicación destaca la frase “amenaza sistémica para el Estado de derecho”: el adjetivo “sistémico”, que no figura en el artículo 7 TUE, da a entender claramente que, en la interpretación de la Comisión, el precepto está concebido para trastornos generalizados del Estado de derecho, esto es, trastornos que afectan a varias instituciones o que afectan a una institución cuya posición central en el ordenamiento jurídico hace que su funcionamiento anormal tenga consecuencias para todo el sistema¹². Este sería el caso, sin duda, del poder judicial.

El supuesto de hecho así completado se caracteriza por su amplitud, tanto material como temporal, y por la naturaleza marcadamente jurídica de su objeto. En efecto, cuando el artículo 7.2 TUE habla de “violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2”, la persistencia alude a una situación prolongada en el tiempo y la violación lo es de los valores contemplados en el artículo 2 TUE, es decir, de

¹¹ La doctrina ha visto el marco establecido en dicha comunicación como “una aproximación *a maiore ad minus* que resulta permisible al amparo del artículo 7.1 del Tratado de la Unión Europea y del artículo 292 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea” (“Guest Editorial”, Armin von BOGDANDY, Piotr BOGDANOWICZ, Iris CANOR, Maciej TABOROWSKI and Matthias SCHMIDT, *Common Market Law Review* 55, 2018, p. 987). Un juicio crítico sobre la referida comunicación puede verse en KOCHENOV, Dimitry, “Article 7: A Commentary on a Much Talked-About ‘Dead’ Provision”, en A. VON BOGDANDY et al. (eds.), *Defending Checks and Balances in EU Member States*, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht 298, 2021, pp. 139-140.

¹² Según otra definición, trastorno sistémico sería aquel en el que “las instituciones del Estado miembro concernido no podrían, por sí solas, resolver con éxito el problema consistente en violar los valores de la Unión Europea” (KOCHENOV, Dimitry, “Article 7: A Commentary on a Much Talked-About ‘Dead’ Provision”, en A. VON BOGDANDY et al. (eds.), *Defending Checks and Balances in EU Member States*, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht 298, 2021, p. 141).

los principios generales del Derecho constitucional que comparten las democracias liberales europeas. En este sentido, el artículo 2 TUE, cuando recibe la luz del artículo 7, se convierte en una especie de “caja mágica” de la que pueden salir innumerables elementos, todos ellos dotados de una gran densidad jurídica, es decir, que van acompañados de marcos jurisprudenciales y doctrinales muy desarrollados. Así ocurre con el principio de la independencia judicial, que constituye el objeto de este capítulo.

Cabe concluir que el artículo 7 TUE ofrece un cauce muy ancho para la inmisión del Derecho de la Unión Europea en el ordenamiento jurídico del Estado miembro contra el que se dirija el procedimiento previsto en dicho precepto. Lo que sorprende de la lectura de las dos propuestas motivadas que hasta la fecha se han dictado al amparo del artículo 7.1 TUE¹³ es la manera abierta, directa y profunda con la que se aborda un muy amplio abanico de cuestiones del Derecho público de Polonia y de Hungría. Si se leen ambas comunicaciones con perspectiva histórica, llama la atención el largo camino transcurrido desde la barrera infranqueable que separaba al Derecho interno del Derecho internacional en la doctrina dualista hasta el “juicio de residencia” que por instituciones de la Unión Europea se hace a dos Estados miembros al amparo del artículo 7 TUE.

Se dirá, con razón, que ni la Propuesta motivada de la Comisión respecto de Polonia, de 20 de diciembre de 2017, ni la Resolu-

¹³ Se trata de la Propuesta motivada de conformidad con el artículo 7, apartado 1, del TUE, por lo que respecta al Estado de derecho en Polonia, elevada por la Comisión el 20 de diciembre de 2017, COM (2017) 835 final 2017/0360 (NLE); y de la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2018, sobre una propuesta en la que solicita al Consejo que, de conformidad con el artículo 7, apartado 1, del Tratado de la Unión Europea, constata la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de Hungría de los valores en los que se fundamenta la Unión (2017/2131(INL)).

ción del Parlamento Europeo sobre Hungría, de 12 de septiembre de 2018, han llegado a convertirse en verdaderos actos sancionadores y que, a pesar de su intensidad, la naturaleza excepcional del artículo 7 TUE hace difícil que por esta vía se dé un verdadero salto adelante en la integración del ordenamiento de la Unión Europea y los ordenamientos de los Estados miembros. En las páginas que siguen se examinarán con mayor detenimiento las características y el alcance de ambas propuestas motivadas, y sobre todo de la primera de ellas. Baste ahora decir que precisamente dicha naturaleza excepcional confiere una especial significación a unas simples propuestas y que, en todo caso, dichas propuestas han contribuido decisivamente, junto con otras iniciativas de la Comisión y varias sentencias del Tribunal de Justicia, a convertir el debate sobre el Estado de derecho, y en particular sobre la independencia judicial, en uno de los grandes temas del contemporáneo Derecho de la Unión Europea.

II. La Propuesta motivada de la Comisión respecto del Estado de derecho en Polonia, de 20 de diciembre de 2017

1. Introducción

Como es sabido, y ya se ha hecho constar, hasta el momento sólo se han aprobado dos propuestas motivadas al amparo del artículo 7.1 TUE, que autoriza a adoptarlas para “constatar la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2”. Son la Propuesta motivada de conformidad con el artículo 7, apartado 1, del TUE, por lo que respecta al Estado de derecho en Polonia, elevada por la Comisión el 20 de diciembre de 2017; y la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2018, sobre una propuesta en la que solicita al Consejo que, de conformidad con el artículo 7, apar-

tado 1, del Tratado de la Unión Europea, constata la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de Hungría de los valores en los que se fundamenta la Unión.

La primera de ambas propuestas es sin duda la que más elementos ofrece para el análisis del principio de independencia judicial. Pero hay más. Por su estructura y contenido, dicha propuesta de la Comisión es la que mejor permite reflexionar sobre la que se ha llamado “crisis del Estado de derecho” en la Unión Europea. En este sentido, el ya dos veces citado “Guest Editorial” del número 55 de la *Common Market Law Review* acertó al decir en agosto de 2018 que, sin olvidar el caso de Hungría, el foco de esa crisis estaba en Polonia¹⁴.

La Propuesta de la Comisión sobre Polonia es un largo y cuidado documento que consta de una introducción, una pormenorizada relación de “antecedentes de hecho y procesales”, dos apartados de consideraciones jurídicas (“Falta de un control constitucional independiente y legítimo”, “Amenazas a la independencia del poder judicial ordinario”) y un apartado de conclusiones (“Constatación de un riesgo claro de violación grave de los valores contemplados en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea”). Figura adjunta una breve “Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la constatación de un riesgo claro de violación grave del Estado de derecho por parte de la República de Polonia”.

Ha hecho ver la doctrina que la Comisión integra en su propuesta “las conclusiones de otras instituciones, como el Consejo de Europa y las Naciones Unidas, y también de organizaciones de la

¹⁴ “The current focus is very much on Poland” (“Guest Editorial”, Armin VON BOGDANDY, Piotr BOGDANOWICZ, Iris CANOR, Maciej TABOROWSKI and Matthias SCHMIDT, *Common Market Law Review* 55, 2018, p. 983).

sociedad civil”, con lo que se convierte “en la voz de una amplia alianza”. Por otra parte, la Comisión “subraya la dimensión jurídica de la cuestión haciendo que su propuesta se parezca a la opinión motivada de un recurso por incumplimiento”. De este modo, la propuesta de la Comisión “intenta ser dos cosas a la vez: un análisis político convincente y un análisis jurídico sólido”¹⁵.

Dicho análisis jurídico se funda en una detallada exposición de antecedentes, entre los que destacan las tres Recomendaciones sobre el Estado de derecho en Polonia que la Comisión adoptó en el marco establecido por la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 11 de marzo de 2014¹⁶. En su respuesta a la tercera de ellas, el Gobierno polaco “discrepaba de todos los puntos de la evaluación expuesta en la Recomendación y no anunciaba nuevas medidas para responder a las inquietudes manifestadas por la Comisión”¹⁷. A la exposición de antecedentes siguen las consideraciones jurídicas, cuyo estudio se facilita empezando por la lectura de la síntesis que figura en el apartado que la propuesta de la Comisión sobre Polonia dedica a las conclusiones:

“La Comisión observa que, en período de dos años, se han aprobado más de 13 leyes consecutivas que afectan a la estructura del sistema judicial de Polonia en su conjunto: el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo, los tribunales ordinarios, el Consejo Nacional del Poder Judicial,

¹⁵ Ver todas las citas de este párrafo en “Guest Editorial”, Armin VON BOGDANDY, Piotr BOGDANOWICZ, Iris CANOR, Maciej TABOROWSKI and Matthias SCHMIDT, *Common Market Law Review* 55, 2018, p. 988. Sobre el doble carácter político y jurídico de los procedimientos del artículo 7 TUE, ver la nota 7 de este capítulo.

¹⁶ Recomendación (UE) 2016/1374, de 27 de julio; Recomendación (UE) 2017/146, de 21 de diciembre de 2016; y Recomendación (UE) 2017/1520, de 26 de julio de 2017.

¹⁷ Propuesta de la Comisión sobre Polonia, apartado (62).

el Ministerio Fiscal y la Escuela Nacional de la Judicatura. El elemento común de todas estas modificaciones legislativas es que se le ha conferido sistemáticamente al poder ejecutivo o al poder legislativo la posibilidad de interferir de forma significativa en la composición, las competencias, la administración y el funcionamiento de estas autoridades y órganos. Las modificaciones legislativas y sus efectos combinados ponen en grave peligro la independencia del poder judicial y la separación de poderes en Polonia, que son elementos fundamentales del Estado de derecho”¹⁸.

Por último, es importante subrayar que, en su Propuesta sobre Polonia, la Comisión se ocupa sobre todo de la organización del poder judicial, que es materia que corresponde a la competencia de los Estados miembros. Ocurre que esa competencia debe ejercerse respetando los valores a que se refiere el artículo 2 TUE. Así lo dice la Comisión en la Propuesta, aunque no en el lugar principal que correspondería a una precisión tan importante. En efecto, de manera casi incidental y en relación con el Consejo Nacional del Poder Judicial polaco, la Comisión dice lo siguiente:

“Corresponde a los Estados miembros organizar sus sistemas judiciales, incluido el establecimiento o no de un Consejo del Poder Judicial. Sin embargo, en caso de que dicho Consejo se haya establecido, como ocurre en Polonia, ha de garantizarse su independencia en consonancia con los criterios europeos”¹⁹.

¹⁸ Propuesta de la Comisión sobre Polonia, apartado (173). El texto transcrito refleja bien uno de los elementos característicos del artículo 7 TUE, sobre el que se ha reflexionado más arriba: en efecto, dicho precepto permite a la Comisión echar un “vistazo panorámico” sobre el conjunto del Derecho polaco sobre el poder judicial y sobre el Tribunal Constitucional, señalando sus carencias y todo ello con auténtica relevancia jurídica, aunque la propuesta no haya pasado de la potencia al acto. Algo así no era posible hasta la introducción del artículo 7.

¹⁹ Propuesta de la Comisión sobre Polonia, apartado (141) *in fine*.

En lugar más prominente, y con carácter más general, habla de la cuestión de la competencia la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2018, sobre Hungría:

“Considerando que, tal y como se recoge en la Comunicación de la Comisión sobre el artículo 7 del TUE, el ámbito de aplicación del artículo 7 TUE no se limita a las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, como ocurre con el artículo 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y que la Unión puede evaluar la existencia de un riesgo claro de violación grave de los valores comunes en ámbitos que son competencia de los Estados miembros”²⁰.

En este sentido, la doctrina ha señalado que, junto al antiguo mecanismo dirigido a hacer cumplir el acervo comunitario, hoy recogido en los artículos 258 a 260 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, ha surgido la vía del artículo 7, como “una *lex specialis* con un ámbito de aplicación notablemente amplio”²¹, y que ciertamente no se limita a las competencias expresamente atribuidas a la Unión.

Ambas vías pueden seguirse de manera simultánea y paralela. Además, existe una conexión sistemática que las une. En efecto, el artículo 2 TUE representa, sin duda, un fundamento constitucional de la Unión Europea. Ocurre que, si ese fundamento falla en un Estado miembro, el cumplimiento por ese Estado de las obligaciones que componen el acervo comunitario se hace difícil o imposible.

²⁰ La cita lo es del tercer considerando (letra C) de la Propuesta que el Parlamento Europeo elevó al Consejo por medio de su Resolución de 12 de septiembre de 2018.

²¹ KOCHENOV, Dimitry, “Article 7: A Commentary on a Much Talked-About ‘Dead’ Provision”, en A. von BOGDANDY et al. (eds.), *Defending Checks and Balances in EU Member States*, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht 298, 2021, p. 138. Ver también la p. 133.

En su Propuesta sobre Polonia, la Comisión lo expresa en unos términos tan lúcidos que no requieren comentario:

“El respeto del Estado de derecho no es solo un requisito *sine qua non* para la protección de todos los valores fundamentales contemplado en el artículo 2 del TUE. También es un requisito ineludible para garantizar el respeto de todos los derechos y obligaciones que se derivan de los Tratados y para apuntalar la confianza mutua entre los ciudadanos, las empresas y las autoridades nacionales en los ordenamientos jurídicos de todos los demás Estados miembros.

El buen funcionamiento del Estado de derecho es también fundamental para el buen funcionamiento del mercado interior, ya que los operadores económicos deben tener la certeza de que van a ser tratados por igual con arreglo a la ley.

El respeto del Estado de derecho es fundamental para la confianza mutua en el ámbito de la Justicia y asuntos de Interior, en particular para la eficacia de la cooperación judicial en asuntos civiles y penales, que se basa en el reconocimiento mutuo”²².

2. La constatación por la Comisión de la falta de un control constitucional independiente y legítimo en Polonia

Hay que destacar que, a los efectos del artículo 7 TUE, el principio de independencia del poder judicial se aplica indistintamente al Tribunal Constitucional y a lo que la propuesta de la Comisión sobre Polonia llama el “poder judicial ordinario”. Ambos forman el “sistema judicial de Polonia en su conjunto”. La distinción propia del Derecho interno entre el órgano de Justicia constitucional y el Poder Judicial

²² Considerandos (11), (12) y (13) de la Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la constatación de un riesgo claro de violación grave del Estado de derecho por parte de la República de Polonia que figura aneja a la Propuesta de la Comisión sobre Polonia.

carece de sentido cuando ambos se ven desde las instituciones de la Unión Europea con la perspectiva de defender el Estado de derecho. En parecido sentido, cabe señalar que un valor añadido de la perspectiva del artículo 7 TUE es que ensancha el ámbito de reflexión, y, en su caso, de actuación jurídica, en torno a los órganos de Justicia constitucional y su independencia. En efecto, un tribunal constitucional tiene capacidad plena para tutelar la independencia de los órganos del poder judicial *stricto sensu*. En cambio, y dependiendo de las circunstancias, esa capacidad puede verse limitada cuando se trata de proteger la propia independencia y otras prerrogativas constitucionales. Por todo ello, las consideraciones que la propuesta de la Comisión dedica al Tribunal Constitucional polaco son particularmente valiosas.

En cuanto a la composición del Tribunal Constitucional, la propuesta de la Comisión sobre Polonia concluye que, en contra de lo resuelto por el propio Tribunal en sentencias de 3 y 9 de diciembre de 2015, “los tres jueces designados legalmente en octubre de 2015, durante la anterior legislatura, aún no han podido asumir sus funciones judiciales en el Tribunal Constitucional”. Y, por otra parte, “los tres jueces designados en la octava legislatura del *Sejm* [Parlamento polaco] sin una base jurídica válida fueron admitidos para tomar posesión de su cargo por el presidente en funciones del Tribunal”²³.

Más adelante, la Comisión indica que “en 2016 fueron adoptadas tres leyes que modificaron considerablemente el procedimiento de nombramiento de presidente del Tribunal Constitucional. (...) En ellas se establecía un régimen transitorio específico, instaurándose el nuevo cargo de presidente en funciones del Tribunal, que ejercería hasta el nombramiento de un nuevo presidente”²⁴. La nueva presi-

²³ Propuesta de la Comisión sobre Polonia, apartado (96).

²⁴ Propuesta de la Comisión sobre Polonia, apartado (102).

denta en funciones “modificó la composición de las formaciones de este que entienden de los diversos asuntos y estos se redistribuyeron a formaciones constituidas en parte por jueces nombrados ilegalmente”²⁵. Todos estos cambios supusieron “de hecho, una renovación completa del Tribunal Constitucional al margen del proceso normal previsto en la Constitución para el nombramiento de jueces”²⁶.

En conclusión, “la Comisión considera que, a raíz de las leyes aprobadas en 2016 y la evolución de la situación tras el nombramiento de la presidenta en funciones, la independencia y la legitimidad del Tribunal Constitucional están gravemente debilitadas y la constitucionalidad de las leyes polacas ya no puede garantizarse de manera efectiva”²⁷.

El razonamiento de la Comisión es claro. El hecho de que tres jueces designados legalmente no pudieran incorporarse al Tribunal Constitucional, el nombramiento ilegal de otros tres jueces y su ubicación en determinadas formaciones del Tribunal por obra de una presidenta en funciones designada tras un cambio legislativo, son factores que determinan una renovación completa del Tribunal Constitucional efectuada al margen de la Constitución polaca, lo que socava la independencia del Tribunal²⁸. Un Tribunal Constitucional cuya independencia está debilitada no puede considerarse totalmente legítimo, con lo que la función de revisión de la constitucionalidad de las leyes no puede ejercerse en Polonia con plenas garantías.

²⁵ Propuesta de la Comisión sobre Polonia, apartado (105).

²⁶ Propuesta de la Comisión sobre Polonia, apartado (106).

²⁷ Propuesta de la Comisión sobre Polonia, apartado (109).

²⁸ Sobre la solidez de la argumentación de la Comisión en este punto, ver “Guest Editorial”, Armin VON BOGDANDY, Piotr BOGDANOWICZ, Iris CANOR, Maciej TABOROWSKI and Matthias SCHMIDT, *Common Market Law Review* 55, 2018, p. 988, último párrafo.

Ya antes se vio como la Comisión, en el apartado (173) de su propuesta, formulaba lo que puede llamarse un “juicio sistémico general”, en términos que se vuelven a reproducir a continuación: “Las modificaciones legislativas y sus efectos combinados ponen en grave peligro la independencia del poder judicial y la separación de poderes en Polonia, que son elementos fundamentales del Estado de derecho”. Sobre este juicio sistémico general se fundamenta la propuesta de Decisión del Consejo que acompaña a la propuesta de la Comisión sobre Polonia, cuyo artículo 1 declara que “existe un riesgo claro de violación grave del Estado de derecho por parte de la República de Polonia”. En el raciocinio que le lleva a esa conclusión, la Comisión adelanta lo que llamaremos un “juicio sistémico especial” en relación con el Tribunal Constitucional, que también se ha visto, y que dice que “la independencia y la legitimidad del Tribunal Constitucional están gravemente debilitadas y la constitucionalidad de las leyes polacas ya no puede garantizarse de manera efectiva”. De forma más sintética, el apartado correspondiente de las consideraciones jurídicas de la propuesta de la Comisión se titula “Falta de un control constitucional independiente y legítimo”.

Los efectos horizontales²⁹ de este juicio sistémico especial se exponen en el apartado (113) de la propuesta de la Comisión del modo siguiente: “la repercusión sobre el Estado de derecho de la falta de independencia y de control constitucional legítimo en Polonia se ve ahora seriamente agravada por el hecho de que la constitucionalidad de las nuevas leyes relacionadas con el sistema judicial polaco mencionadas en el apartado 5.2 y que se analizan con mayor detalle en la sección 4 ya no puede verificarse y ser garantizada por un Tribunal Constitucional independiente”. La Co-

²⁹ La horizontalidad es, en efecto, una de las características de los efectos sistémicos.

misión recuerda que en Polonia no existe un control constitucional efectivo de las leyes en los apartados (145) y (149) de su propuesta.

Permítaseme insistir en la importancia que tiene este que hemos llamado juicio sistémico especial de la Comisión sobre el Tribunal Constitucional polaco. En primer lugar, hay que destacar la concreción del juicio. Más adelante se examinará la cuestión de las amenazas a la independencia del poder judicial ordinario, tal y como las ve la propuesta de la Comisión. Pero el poder judicial puede distribuirse en varios cientos de juzgados y tribunales a lo largo del territorio de un país, con lo que resulta difícil concluir que, en su conjunto, la función jurisdiccional no resulta efectiva. En cambio, el control de constitucionalidad de las leyes se concentra en un solo órgano, con lo que es posible establecer la conclusión a la que llega la Comisión, a saber, que en Polonia falta un control constitucional independiente y legítimo.

En segundo lugar, y como antes se apuntó, no resulta concebible que un tribunal constitucional pudiera llegar a formular un juicio descalificador sobre su propio funcionamiento semejante al que propone la Comisión. Por lo demás, dada la posición que ocupan los tribunales constitucionales en la cúspide del ordenamiento jurídico, es difícil imaginar que otro órgano nacional pudiera emitir un juicio de esa naturaleza. De ahí el valor añadido especialísimo que tienen los mecanismos del artículo 7 TUE en orden al control del funcionamiento de los órganos de Justicia constitucional de los Estados miembros. La vieja pregunta de Juvenal (*Quis custodiet ipsos custodes?*), tantas veces formulada de forma retórica respecto de los tribunales constitucionales, ahora tiene una respuesta. La Comisión, y los demás órganos legitimados por el artículo 7 TUE, pueden llegar a ser los vigilantes del funcionamiento de los supremos intérpretes de las Constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea y de la legislación que los regula.

3. La propuesta de la Comisión y las amenazas a la independencia del poder judicial ordinario en Polonia

A diferencia de lo que ocurre con el Tribunal Constitucional polaco, las amenazas detectadas por la Comisión en punto a la independencia del poder judicial ordinario en Polonia proceden prácticamente todas de medidas legislativas adoptadas por el Parlamento polaco. Se trata, en primer lugar, de normas legales que, por un lado, reducen la edad de jubilación tanto de los jueces del Tribunal Supremo como de los jueces ordinarios; y, por otro, de normas que atribuyen al ministro de Justicia determinadas facultades de cese de los presidentes de tribunal. Como se verá, el denominador común de ambos tipos de normas es la vulneración del principio de inamovilidad de los jueces. Un segundo conjunto de disposiciones legislativas se refiere a la nueva composición del Consejo Nacional del Poder Judicial y a los riesgos que comporta para la independencia de los jueces.

3.1. Vulneración del principio de inamovilidad: el adelanto de la jubilación forzosa y la prórroga del mandato de los jueces del Tribunal Supremo y de los jueces ordinarios

La Ley del Tribunal Supremo, aprobada por el Senado polaco el 22 de julio de 2017, se proponía reducir la edad general de jubilación de los jueces del Tribunal Supremo de 70 a 65 años. “Al rebajar la edad de jubilación y aplicarla a los jueces actuales del Tribunal Supremo, la ley pone fin al mandato de un importante número de jueces del Tribunal Supremo, que pueden ser obligados a jubilarse: en concreto 31 de los 83 jueces (37%), según el Tribunal Supremo”³⁰.

Desde el punto de vista de la Comisión, la jubilación forzosa de los actuales jueces del Tribunal Supremo plantea dudas en relación

³⁰ Propuesta de la Comisión sobre Polonia, apartado (116).

con el principio de inamovilidad, que es un elemento clave de la independencia judicial, tal y como se recoge en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos³¹. Sigue la Comisión razonando que “los jueces deben estar protegidos frente al cese mediante salvaguardas efectivas contra las intervenciones o presiones indebidas procedentes de otros poderes estatales”; y añade que “los jueces no pueden ser cesados en grupo, ni tampoco por razones generales no relacionadas con su comportamiento individual”³².

Al adelanto de la jubilación forzosa se une otro factor, que es la facultad que la ley concede al presidente de la República de prorrogar el mandato de los jueces del Tribunal Supremo afectados por dicho adelanto. El problema es que para el ejercicio de tal facultad “no existen criterios ni está previsto un plazo para la adopción de una decisión, ni se prevé en la legislación la posibilidad de revisión judicial”. De este modo, “si un juez ha solicitado la prórroga, está ‘a merced’ de la decisión del presidente de la República”. Observa la Comisión que “estos elementos afectan a la inamovilidad y permiten al presidente de la República influir en los jueces en activo del Tribunal Supremo”³³. Y concluye la Comisión del siguiente modo:

“El nuevo régimen de jubilación afecta negativamente a la independencia de los jueces. Las nuevas reglas crean un instrumento adicional a través del cual el presidente de la República puede influir individualmente sobre los jueces. En particular, la ausencia de criterios sobre la prórroga de los mandatos abre la puerta a una discrecionalidad indebida, socavando así el principio de inamovilidad de los jueces”³⁴.

³¹ Propuesta de la Comisión sobre Polonia, apartado (116).

³² Propuesta de la Comisión sobre Polonia, apartado (117).

³³ Propuesta de la Comisión sobre Polonia, apartado (124).

³⁴ Propuesta de la Comisión sobre Polonia, apartado (125).

Por otra parte, la Ley de Organización de los Tribunales Ordinarios, que entró en vigor el 12 de agosto de 2017, establece que “la edad de jubilación aplicable a los jueces ordinarios se reducirá de 67 a 60 años para las juezas y de 67 a 65 años para los jueces, y el ministro de Justicia tendrá la facultad de acordar la prórroga de los mandatos judiciales (hasta los 70 años) con arreglo a criterios vagos”³⁵.

La Comisión expresa su opinión sobre estas medidas legislativas en términos semejantes a los utilizados para valorar la Ley del Tribunal Supremo:

“El nuevo régimen de jubilación afecta negativamente a la independencia de los jueces. Las nuevas normas crean un instrumento adicional a través del cual el ministro de Justicia puede influir individualmente sobre los jueces. En particular, la vaguedad de los criterios sobre la prórroga de los mandatos permite una discrecionalidad indebida, socavando así el principio de inamovilidad de los jueces”³⁶.

Al abordar la cuestión de la inamovilidad de los jueces, la Comisión no sólo se ocupa de uno de los presupuestos conceptualmente más importantes de la independencia judicial, sino también de uno de los problemas históricamente más debatidos en la lucha por la consolidación institucional del Estado liberal. En España, un viejo manual de Derecho judicial se refería a la inamovilidad en los términos siguientes: “Es preciso (...) que el juez no deba temer el odio de los litigantes, los caprichos ministeriales, ni los cambios de gabinete, lo cual se logra con la inamovilidad, que es el derecho de no ser destituido, suspendido, jubilado, ni trasladado, sino por su

³⁵ Propuesta de la Comisión sobre Polonia, apartado (146).

³⁶ Propuesta de la Comisión sobre Polonia, apartado (147).

voluntad o por razón de delito”³⁷. Y sobre la historia legislativa del principio de inamovilidad se expresa el manual de forma igualmente expresiva: “Todas las Constituciones que se han promulgado en el último siglo han proclamado el principio de la inamovilidad; pero una cosa es la Constitución y otra la práctica, y ha venido la política a contradecir frecuentemente este principio, que no ha quedado completamente asegurado hasta los últimos tiempos”³⁸.

Sin perjuicio de lo que más adelante se dirá sobre el “efecto combinado” de la jubilación forzosa de los jueces con otras medidas adoptadas por el legislador polaco, cabe ahora apuntar que, al encabezar las consideraciones jurídicas de su Propuesta sobre Polonia con la cuestión de la inamovilidad judicial, la Comisión acertó tanto desde el punto de vista dogmático como en lo relativo a las realidades políticas e históricas que jalonan la larga marcha hacia la consolidación del Estado de derecho.

3.2. Vulneración del principio de inamovilidad: facultades de cese y nombramiento de los presidentes de tribunal

Debe comenzarse advirtiendo que “en el ordenamiento jurídico polaco, los presidentes de tribunal desempeñan una doble función: no sólo tienen una responsabilidad como administradores de los tribunales, sino que además ejercen funciones judiciales”³⁹. Ocurre que durante los seis primeros meses siguientes a la entrada en vigor

³⁷ FÁBREGA Y CORTÉS, Magín, “Lecciones de procedimientos judiciales”, tercera edición, Librería Bastinos de José Bosch, Barcelona, 1928, p. 98.

³⁸ FÁBREGA Y CORTÉS, Magín, op. cit., p. 103. Sobre la consolidación práctica del principio de inamovilidad judicial en la España de la Restauración, puede verse CALVO-SOTELO IBÁÑEZ-MARTÍN, Leopoldo, “El Tribunal de Justicia, o la segunda voz de la sinfonía europea”, en *Europa como tarea*, Eugenio NASARRE, Francisco ALDECOA y Miguel Ángel BENEDICTO, coords., 2018, pp. 195-197.

³⁹ Propuesta de la Comisión sobre Polonia, apartado (151).

de la Ley de Organización de los Tribunales Ordinarios “se le concede al ministro de Justicia la facultad de cesar a los presidentes de tribunal, sin estar vinculado por criterios concretos, sin necesidad de alegar motivo alguno y sin que el poder judicial pueda bloquear dichas decisiones”. Por lo demás, “no existe la posibilidad de revisión judicial de las decisiones de cese del ministro de Justicia”⁴⁰.

Hay que añadir que la facultad de nombramiento de los presidentes de tribunal corresponde al ministro de Justicia, y que “los únicos criterios aplicables son que el presidente del tribunal debe ser nombrado de entre los jueces de los tribunales de apelación o los tribunales regionales, para el puesto de presidente de un tribunal de apelación; de entre los jueces de los tribunales de apelación, los tribunales regionales o los tribunales de partido judicial, para el puesto de presidente de un tribunal regional; y de entre los jueces de los tribunales regionales o los tribunales de partido judicial, para el puesto de presidente de un tribunal de partido judicial”⁴¹. Indica la Comisión que “según la información disponible, hasta la fecha, el ministro de Justicia ha cesado a 24 presidentes de tribunal y ha nombrado al menos a 32”, aunque “esta cifra incluye los nombramientos para puestos vacantes ordinarios”⁴².

La inquietud de la Comisión ante esta situación se expresa con mucha claridad y viene ilustrada por una hipótesis concreta:

“Dado que los presidentes de tribunal son jueces en activo, las facultades expuestas anteriormente de cesar arbitrariamente durante un período de seis meses y de nombrar a los presidentes de tribunal otorgan al ministro de Justicia la capacidad de influir en dichos presidentes, lo que puede

⁴⁰ Propuesta de la Comisión sobre Polonia, apartado (152).

⁴¹ Propuesta de la Comisión sobre Polonia, apartado (154).

⁴² Propuesta de la Comisión sobre Polonia, apartado (161).

afectar a la independencia personal de estos al ejercer sus funciones judiciales. Por ejemplo, un presidente de un tribunal que deba dictar sentencia en un asunto delicado contra el Estado puede sentirse presionado por el ministro de Justicia para seguir la posición del Gobierno a fin de evitar ser cesado como presidente del tribunal, en vez de resolver de forma independiente y en atención al fondo del asunto”⁴³.

Por otra parte, la Comisión se refiere a lo que puede llamarse el “efecto cascada” de las facultades de cese y nombramiento de presidentes de tribunal que la ley atribuye al ministro de Justicia polaco. Tal efecto trae causa de las funciones de los presidentes como gestores del tribunal:

“La facultad discrecional del ministro de Justicia para cesar y nombrar a los presidentes del tribunal podría influir en la manera en que estos ejercen sus facultades respecto de otros jueces. Esto podría interferir en la independencia personal de estos jueces. Por lo tanto, las facultades otorgadas al ministro de Justicia tendrán también un efecto indirecto en la independencia de los jueces sometidos a la autoridad de los presidentes de tribunal expuestos a la influencia del ministro de Justicia”⁴⁴.

A diferencia de lo que ocurre con la cuestión de la jubilación forzosa de los jueces del Tribunal Supremo y de los jueces ordinarios, la Comisión no afirma expresamente que las facultades de cese de los presidentes de tribunal afecten al principio de inamovilidad, limitándose a invocar el más general principio de la independencia judicial. Y, sin embargo, parece evidente que dicho principio de inamovilidad de los jueces resulta aquí también vulnerado. Volviendo a utilizar palabras de la propia Comisión, con carácter general, “los

⁴³ Propuesta de la Comisión sobre Polonia, apartado (155).

⁴⁴ Propuesta de la Comisión sobre Polonia, apartado (157).

jueces deben estar protegidos frente al cese mediante salvaguardas efectivas contra las intervenciones o presiones indebidas procedentes de otros poderes estatales”; y, en especial, “los jueces no pueden ser cesados en grupo, ni tampoco por razones generales no relacionadas con su comportamiento individual”⁴⁵. En el presente caso, se trata de ceses arbitrarios de los presidentes de tribunal, es decir, de ceses no fundados en razón alguna, y, por tanto, contrarios al principio de inamovilidad. La única diferencia es que en el caso de la jubilación forzosa el cese se produce automáticamente “ope legis”, mientras que en el caso de los presidentes de tribunal, el cese viene por decisión del ministro de Justicia.

3.3. La nueva composición del Consejo Nacional del Poder Judicial y sus efectos sobre el régimen de ascensos de los jueces

Con arreglo al artículo 186.1 de la Constitución polaca, “el Consejo Nacional del Poder Judicial deberá salvaguardar la independencia de los tribunales y los jueces”. Sobre la función de dicho Consejo, señala la Comisión lo siguiente:

“El papel del Consejo Nacional del Poder Judicial tiene un impacto directo sobre la independencia de los jueces, en particular por lo que respecta a ascensos, traslados, procedimientos disciplinarios, ceses y jubilación anticipada. Por ejemplo, el ascenso de un juez (desde un tribunal de partido judicial a un tribunal regional) requiere que el presidente de la República vuelva a nombrarlo y, por lo tanto, recurrir de nuevo al procedimiento de evaluación y nombramiento con la participación del Consejo Nacional del Poder Judicial”⁴⁶.

⁴⁵ Propuesta de la Comisión sobre Polonia, apartado (117).

⁴⁶ Propuesta de la Comisión sobre Polonia, apartado (137).

La Ley del Consejo Nacional del Poder Judicial, aprobada por el Senado polaco el 15 de diciembre de 2017, disponía que los mandatos de los jueces que en aquel momento eran miembros del Consejo, y que en su mayoría habían sido elegidos por jueces, concluirían de forma prematura. Por otra parte, la ley establecía que los quince jueces-miembros del nuevo Consejo Nacional del Poder Judicial serían nombrados, y, en su caso, reelegidos por el *Sejm* (Parlamento polaco). Además, observa la Comisión que “no existe ninguna garantía de que, con arreglo a la nueva ley, el *Sejm* vaya a designar a jueces-miembros del Consejo respaldados por el poder judicial, ya que los candidatos a estos puestos pueden presentarlos no solo grupos de 25 jueces, sino también grupos de al menos 2000 ciudadanos”⁴⁷.

La Comisión sostiene que “el nuevo régimen de designación de los jueces-miembros del Consejo Nacional del Poder Judicial plantea serios motivos de preocupación”. Según más arriba quedó apuntado, es cierto que “corresponde a los Estados miembros organizar sus sistemas judiciales, incluido el establecimiento o no de un Consejo del Poder Judicial”. Pero “en caso de que dicho Consejo se haya establecido, como ocurre en Polonia, ha de garantizarse su independencia en consonancia con los criterios europeos”. Dichos criterios derivan en particular de la Recomendación de 2010 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, con arreglo a la cual “al menos la mitad de los miembros de [los consejos del poder judicial] deben ser jueces seleccionados por sus homólogos de entre todos los niveles del sistema judicial y con respeto al pluralismo interno de dicho sistema”⁴⁸.

⁴⁷ Propuesta de la Comisión sobre Polonia, apartado (142).

⁴⁸ Propuesta de la Comisión sobre Polonia, apartado (141). La cita de la Recomendación de 2010 del Comité de Ministros del Consejo de Europa corresponde al apartado 27 de dicha Recomendación.

En vista de todo ello, la conclusión de la Comisión es clara: “Las nuevas reglas sobre el nombramiento de jueces-miembros del Consejo Nacional del Poder Judicial aumentan de forma significativa la influencia del Parlamento sobre el Consejo y afectan negativamente a su independencia, en contra de lo previsto en los criterios europeos”⁴⁹. Al igual que había hecho en punto a las potestades de cese de los presidentes de tribunal, la Comisión ilustra y justifica esta conclusión con una hipótesis concreta:

“Esta situación suscita reservas desde el punto de vista de la independencia del poder judicial. Por ejemplo, un juez de partido judicial que deba dictar una sentencia en un asunto delicado desde el punto de vista político al mismo tiempo que se postule para un ascenso a juez de un tribunal regional podría decantarse por favorecer la postura preconizada por la mayoría política para no comprometer sus posibilidades de obtener un ascenso. Aun cuando dicho riesgo no se materialice, el nuevo régimen no prevé garantías suficientes para garantizar la apariencia de independencia, que es crucial para mantener la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a la ciudadanía”⁵⁰.

De forma semejante a lo que antes se dijo en punto al principio de inamovilidad de los jueces, la Comisión acierta también al escoger aquí un ejemplo hipotético relativo al régimen de ascensos de los jueces polacos. La regulación de los ascensos es tan importante como la de la inamovilidad y así resulta en el caso español de la historia legislativa de la Restauración. Una valoración en este sentido se encuentra en la antes citada obra de Magín Fábrega, en la que se dice que una “razón importantísima” a favor del sistema de ascenso por antigüedad o de escala cerrada es que “este sistema excluye todo arbitrio y garan-

⁴⁹ Propuesta de la Comisión sobre Polonia, apartado (142).

⁵⁰ Propuesta de la Comisión sobre Polonia, apartado (143).

tiza la independencia de los funcionarios judiciales, pues en él no está en manos del ministro adelantar a nadie en la carrera ni postergar a nadie, y esto es garantía de independencia en los jueces, porque para garantizar ésta no basta asegurarles la inamovilidad en el sentido de no poder ser destituidos, trasladados ni jubilados, sino que es preciso quitarles todo estímulo que pueda perjudicar su independencia tanto como el temor de la destitución; tal es el estímulo del ascenso”. Y añade Fábrega, en palabras que recuerdan a la hipótesis de la Comisión, que “en el sistema de concurso por méritos puede verse un juez o magistrado inclinado a complacer a los que han de proporcionarle este ascenso, cosa imposible en el sistema de escala cerrada, porque en él no puede deberse nada al favor ni a la intriga”⁵¹.

Por supuesto, en su propuesta sobre Polonia, la Comisión no expresa preferencia alguna sobre los sistemas de ascenso de los jueces. La elección de uno u otro sistema corresponde a los Estados miembros, como todo lo relativo a la organización judicial. La Comisión se limita a decir que, en el caso de que se establezca un Consejo del Poder Judicial, con competencia, entre otras, sobre los ascensos, la composición de dicho Consejo debe responder a los criterios europeos, con arreglo a los cuales al menos la mitad de sus miembros deben ser jueces seleccionados por sus homólogos de entre todos los niveles del sistema judicial. En efecto, cuando la totalidad de los miembros del Consejo son designados por el poder legislativo, como en el caso polaco, existe el peligro, denunciado por la Comisión, de que las inclinaciones de la mayoría política influyan en determinadas resoluciones de jueces que no quieran ver comprometidas sus perspectivas de ascender.

⁵¹ FÁBREGA Y CORTÉS, Magín, “Lecciones de procedimientos judiciales”, tercera edición, Librería Bastinos de José Bosch, Barcelona, 1928, p. 88. Un resumen de las vicisitudes legislativas del régimen de ascenso en la carrera judicial española entre 1887 y 1927 puede verse en la misma obra, pp. 88-94.

4. El “efecto combinado” de las medidas legislativas adoptadas por el Parlamento polaco sobre el Tribunal Constitucional y el poder judicial ordinario

El apartado de consideraciones jurídicas de la propuesta de la Comisión sobre Polonia titulado “Falta de un control constitucional independiente y legítimo” tiene un subapartado 4 que lleva la rúbrica de “Efecto combinado en la independencia y legitimidad del Tribunal Constitucional”. El texto que sigue no desarrolla el concepto de “efecto combinado”, pero deja claro que se trata de las consecuencias globales de “las leyes aprobadas en 2016 y la evolución de la situación tras el nombramiento de la presidenta en funciones”⁵².

Más adelante, en su apartado de conclusiones (“Constatación de un riesgo claro de violación grave de los valores contemplados en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea”), la propuesta de la Comisión dice lo siguiente:

“Dado que la independencia del poder judicial es un elemento clave del Estado de derecho, las nuevas leyes aumentan significativamente la amenaza sistémica para el Estado de derecho, especialmente teniendo en cuenta su efecto combinado (...). A este respecto, la Comisión de Venecia destacó que la combinación de las modificaciones propuestas amplifica el efecto negativo de cada una de ellas en la medida en que pone en grave riesgo la independencia del poder judicial polaco en su conjunto”⁵³.

⁵² Propuesta de la Comisión sobre Polonia, apartado (109). Ver el apartado II.2 del presente capítulo.

⁵³ Propuesta de la Comisión sobre Polonia, apartado (178). La referencia a la Comisión de Venecia corresponde al apartado 131 del Dictamen CDL-AD (2017) 035. Una referencia más detallada a los “efectos combinados” de las nuevas leyes polacas puede verse en el apartado (173) de la Propuesta de la Comisión sobre Polonia, parcialmente reproducido en el apartado II.1 de este capítulo.

La adopción por la Comisión Europea de este método de análisis basado en la perspectiva del “efecto combinado” de muchas medidas legislativas permite apreciar, una vez más, la anchura del cauce procedimental que regula el artículo 7 TUE. La doctrina ofrece una explicación particularmente luminosa de la naturaleza y alcance de ese método:

“... hay que tener en cuenta que los desarrollos institucionales hacia un régimen autoritario tienden a ser difíciles de detectar desde el punto de vista legal, porque el análisis jurídico se concentra en actos individuales. Consideradas una por una, podría ser más fácil justificar tales medidas (...). Y, en efecto, el Gobierno polaco intenta defender sus medidas mediante comparaciones jurídicas⁵⁴ con países “no sospechosos”. De este modo, para determinar de manera convincente la existencia de “riesgo claro de violación grave” relevante a los efectos del artículo 2 TUE, todas las medidas polacas que afectan al poder judicial deben ser consideradas en su conjunto, con debida consideración de las condiciones políticas y sociales del país. Esa determinación inevitablemente requiere una importante dimensión discrecional y valorativa, que no puede ser enteramente guiada por argumentos estrictamente doctrinales”⁵⁵.

Cuando el párrafo que viene de citarse dice que “el análisis jurídico se concentra en actos individuales”, se está refiriendo al

⁵⁴ Se ve aquí cómo el carácter revolucionario del artículo 7 TUE permite que el Derecho comparado alcance una relevancia que se acerca a la que es propia del Derecho positivo: los ejemplos procedentes de países cuyo respeto al Estado de derecho no se discute resultan directamente relevantes a los efectos de la aplicación del artículo 7 TUE.

⁵⁵ “Guest Editorial”, Armin von BOGDANDY, Piotr BOGDANOWICZ, Iris CANOR, Maciej TABOROWSKI and Matthias SCHMIDT, *Common Market Law Review* 55, 2018, p. 989.

tipo de análisis que utilizan los órganos jurisdiccionales y, entre ellos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Como acaba de señalarse, y se anticipó en el apartado I de este capítulo, el cauce procedimental del artículo 7 TUE es mucho más ancho de lo que ordinariamente es el cauce jurisdiccional. Ello permite a la Comisión realizar un amplio análisis de la situación del poder judicial en Polonia, que ni siquiera se limita a los aspectos estrictamente jurídicos de la cuestión. Según se dice en el párrafo citado, en la Propuesta sobre Polonia se consideran también “las condiciones políticas y sociales del país”.

Así, en el apartado de la Propuesta dedicado a los antecedentes, la Comisión informa de que “las medidas y declaraciones públicas contra los jueces y tribunales en Polonia impulsadas por el Gobierno y por parlamentarios pertenecientes a la mayoría gobernante han dañado la confianza en el sistema judicial en su conjunto”⁵⁶. Y más adelante, en la propia narración de antecedentes, se lee lo siguiente:

“El 11 de septiembre de 2017, el Gobierno polaco inició una campaña denominada ‘Tribunales Justos’ dirigida a recabar apoyo social para la reforma judicial en curso. El Consejo Nacional del Poder Judicial y los tribunales ordinarios publicaron varias declaraciones a fin de refutar las acusaciones dirigidas contra los tribunales, los jueces y el propio Consejo durante la campaña”⁵⁷.

Es importante precisar que, si bien la Comisión se permite esas dos referencias de orden político, lo que nunca hace es atribuir al Gobierno polaco, y a la mayoría parlamentaria que lo sostiene,

⁵⁶ Propuesta de la Comisión sobre Polonia, apartado (57.5).

⁵⁷ Propuesta de la Comisión sobre Polonia, apartado (64).

el propósito deliberado de conseguir un poder judicial favorable a los designios gubernamentales, erosionando para ello la independencia judicial. En su Propuesta, la Comisión se limita a analizar los efectos de las medidas adoptadas por el Parlamento polaco, pero sin formular ningún juicio de intenciones. La doctrina, en cambio, sí ha especulado sobre las características del proceso político que constituiría la razón de ser de las distintas medidas legislativas que constituyen el objeto de la Propuesta de la Comisión. Se trataría de un “proceso en el que autoridades públicas electas implementan deliberadamente proyectos gubernamentales sistemáticamente dirigidos a debilitar, aniquilar o capturar frenos y contrapesos del poder, con la idea de dismantelar el Estado liberal democrático y consolidar la permanencia en el poder del partido dominante”⁵⁸.

Cabe concluir que la Comisión ha acertado en omitir todo juicio de intenciones de esa naturaleza. Por un lado, tal omisión viene impuesta por la cortesía constitucional que la Comisión debe al gobierno democráticamente elegido de un Estado miembro, y, por otro, en vez de debilitar, refuerza la autoridad de la Propuesta, que con su amplio, objetivo y riguroso análisis de los efectos de las medidas legislativas adoptadas en Polonia sobre el poder judicial, y su potenciación mediante acciones políticas complementarias, no necesita peralte alguno para conseguir la convicción del lector.

⁵⁸ PECH, Laurent y SCHEPPELE, Kim Lane, “Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Volume 19, December 2017, p.8. Los autores califican el proceso en cuestión como de “reincidencia en errores del pasado respecto del Estado de derecho” (*rule of law backsliding*). La denominación no es plenamente satisfactoria, en cuanto que no resulta fácil encontrar precedentes históricos que respondan exactamente a la actual situación de Polonia.

III. La Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2018, sobre la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de Hungría de los valores en los que se fundamenta la Unión Europea

La Resolución del Parlamento Europeo sobre Hungría no contribuye al análisis de la cuestión de la independencia judicial en la misma medida que la Propuesta de la Comisión sobre Polonia. Ello se debe, sobre todo, a que le dedica mucha menos atención. La Resolución contiene, ciertamente, un breve apartado intitolado “Independencia del poder judicial y de otras instituciones y derechos de los jueces”. En dicho apartado, y entre otras cosas, se hace referencia a los amplios poderes conferidos al presidente de la Oficina Nacional de Justicia en el marco jurídico aprobado en 2011. Tras críticas de la Comisión de Venecia y de otras instancias “se modificó el estatuto del presidente de la Oficina Nacional de Justicia y se limitaron las facultades del presidente para garantizar un mejor equilibrio entre el presidente y el Consejo Nacional del Poder Judicial”⁵⁹.

No obstante, siguen existiendo motivos de insatisfacción. Así, en mayo de 2018, “el Consejo Nacional del Poder Judicial celebró una sesión en la que se adoptaron por unanimidad decisiones relativas a la práctica seguida por el presidente de la Oficina Nacional de Justicia por la que declaraba no seleccionadas candidaturas para los cargos judiciales y de rango superior”. Tales decisiones “concluyeron que la práctica llevada a cabo por el presidente era ilegal”⁶⁰.

⁵⁹ Propuesta sobre Hungría que el Parlamento Europeo elevó al Consejo por medio de su Resolución de 12 de septiembre de 2018, apartado (12).

⁶⁰ Propuesta sobre Hungría que el Parlamento Europeo elevó al Consejo por medio de su Resolución de 12 de septiembre de 2018, apartado (13).

Más adelante, el Parlamento Europeo señala que “a raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (...) de 6 de noviembre de 2012, en el asunto C-286/12, Comisión/Hungría, que afirma que, al adoptar un régimen nacional que obliga a cesar en su actividad profesional a los jueces, fiscales y notarios que han alcanzado la edad de 62 años, Hungría ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho de la Unión, el Parlamento húngaro aprobó la Ley XX de 2013 que prevé la prolongación gradual de la edad de jubilación de la magistratura hasta los 65 años, a lo largo de un período de diez años, y establece los criterios de reincorporación o la compensación”. Sin embargo, “en su informe de octubre de 2015, el Instituto de Derechos Humanos de la Asociación Internacional de la Abogacía afirmó que la mayoría de los jueces destituidos no han vuelto a los puestos que ocupaban anteriormente, en algunos casos porque ya estaban ocupados”. Añadía dicho informe que “no puede garantizarse la independencia y la imparcialidad del poder judicial húngaro y que el Estado de derecho sigue siendo débil”⁶¹.

Con todo, dado que el Parlamento Europeo no añade consideraciones jurídicas propias a estas referencias, la relevancia de su Resolución sobre Hungría de 12 de septiembre de 2018 se limita a constituir un contexto relevante a la hora de analizar la Propuesta de la Comisión sobre Polonia, en el sentido de lo que a continuación se dice.

IV. El artículo 7 TUE y su papel en la polifonía europea que defiende el Estado de derecho

Según antes se indicó, ni la Propuesta de la Comisión sobre Polonia ni la Resolución del Parlamento Europeo sobre Hungría han ido

⁶¹ Propuesta sobre Hungría que el Parlamento Europeo elevó al Consejo por medio de su Resolución de 12 de septiembre de 2018, apartado (15).

seguidas por decisiones del Consejo constatando un riesgo claro de violación grave del Estado de derecho en esos dos países. Ello no quiere decir, sin embargo, que haya que certificar la inutilidad del mecanismo previsto en el artículo 7 TUE⁶². Ocurre que en defensa del Estado de derecho en Europa se ha alzado una polifonía de voces, y todas son útiles en el intento.

En realidad, y según quedó apuntado más arriba, la dimensión polifónica de esa defensa quedó ampliamente reflejada tanto en la Propuesta de la Comisión sobre Polonia como en la Resolución del Parlamento Europeo sobre Hungría. La importancia que la Comisión concede a esa dimensión se ve en que la menciona en la breve “Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la constatación de un riesgo claro de violación grave del Estado de derecho por parte de la República de Polonia” que figura aneja a la Propuesta sobre Polonia de la propia Comisión, en los términos siguientes:

“Un gran número de agentes europeos e internacionales han expresado su profunda inquietud por la situación del Estado de derecho en Polonia, entre ellos la Comisión de Venecia, el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, el Consejo Consultivo de Jueces Europeos, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Independencia de Magistrados y Abogados, la Red de Presidentes de Tribunales Supremos

⁶² En diciembre de 2018, el ministro polaco de Asuntos Exteriores declaró en televisión que el artículo 7 TUE estaba muerto. En la doctrina, una visión crítica sobre la efectividad del precepto puede verse en KOCHENOV, Dmitry, “Article 7: A Commentary on a Much Talked-About ‘Dead’ Provision”, A. von BOGDANDY et al. (eds.), en *Defending Checks and Balances in EU Member States*. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht 298, 2021, pp. 129 y 144-148. Una referencia a las declaraciones del ministro polaco de Asuntos Exteriores figura en la p. 128.

de la Unión Europea, la Red Europea de Consejos del Poder Judicial, el Consejo de la Abogacía Europea, así como numerosas organizaciones de la sociedad civil”⁶³.

No es coincidencia que la Comisión de Venecia encabece esa lista de “agentes europeos e internacionales”. En efecto, los dictámenes de la Comisión de Venecia aparecen citados con mucha frecuencia en la Propuesta de la Comisión sobre Polonia, y en más de una ocasión proporcionan la arquitectura conceptual en la que se apoya la Propuesta. Así, al abordar la jubilación forzosa de los jueces del Tribunal Supremo polaco, la Propuesta se apoya en un dictamen de la Comisión de Venecia que “subraya que la jubilación anticipada de los actuales jueces socava tanto la inamovilidad como la independencia del Tribunal en general”⁶⁴. Más adelante, la Propuesta cita la opinión de la Comisión de Venecia según la cual la elección por el Parlamento polaco de los 15 miembros del Consejo Nacional del Poder Judicial “dará lugar a una politización sustancial de este organismo” y ello debilitará la independencia de dicho Consejo y contribuirá a “un debilitamiento de la independencia del

⁶³ Considerando (7) de la Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la constatación de un riesgo claro de violación grave del Estado de derecho por parte de la República de Polonia que figura aneja a la Propuesta de la Comisión sobre Polonia. Un texto semejante figura en el considerando (6) de la Propuesta sobre Hungría que el Parlamento Europeo elevó al Consejo por medio de su Resolución de 12 de septiembre de 2018. Al final del considerando, el Parlamento precisa que las tomas de posición de los “agentes nacionales, europeos e internacionales” a que se refiere “deben considerarse opiniones no vinculantes, puesto que solo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea puede interpretar las disposiciones de los Tratados”.

⁶⁴ Propuesta de la Comisión sobre Polonia, apartado (116). La referencia a la Comisión de Venecia corresponde al apartado 48 del Dictamen CDL (2017) 035. En el apartado (121) de la Propuesta hay otras dos alusiones al mismo dictamen.

poder judicial en su conjunto”⁶⁵. Por último, y como ya más arriba quedó señalado, la doctrina del “efecto combinado” de las medidas legislativas adoptadas por el Parlamento polaco sobre el Tribunal Constitucional y el poder judicial ordinario parece tener también su origen en un dictamen de la Comisión de Venecia⁶⁶.

Cabe concluir que, en lo relativo a la aplicación del artículo 7 TUE, la Comisión de Venecia ha representado un papel semejante al que la función consultiva de alto nivel desempeña en algunos Estados miembros de la Unión Europea.

Con todo, más importante que la acumulación de voces con que la Comisión Europea trata de aquilatar la autoridad de su Propuesta sobre Polonia es el esfuerzo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en defensa de la independencia judicial⁶⁷. No es esa cuestión que haya de abordarse íntegramente aquí⁶⁸, sino sólo en la medida en que complementa el análisis de la aplicación del artículo 7 TUE. Ya antes se dijo que la vía del artículo 7 TUE era compatible con la del recurso por incumplimiento. Este fue el caso del asunto C-619/18, sobre el que recayó la sentencia del TJUE de 24 de junio de 2019, que estimó en su integridad un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión contra la República de Polonia conforme

⁶⁵ Propuesta de la Comisión sobre Polonia, apartado (144). Se cita nuevamente el Dictamen CDL (2017) 035 de la Comisión de Venecia, apartados 130 y 31.

⁶⁶ Ver nota 53 y el párrafo de este texto del que trae causa.

⁶⁷ Ver BUSTOS GISBERT, Rafael, “Independencia judicial e integración europea”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022; y ULLOA RUBIO, Ignacio, “La primacía del Derecho de la Unión en materia de Estado de derecho: Un repaso a la jurisprudencia del TJUE sobre la independencia judicial”, *La Ley Unión Europea*, n° 104, junio 2022, Wolters Kluwer.

⁶⁸ La cuestión se estudia en otros lugares de este libro, y singularmente, en su capítulo VIII.

al artículo 258 TFUE, y en lo relativo a la reducción de la edad de jubilación de los jueces del Tribunal Supremo polaco.

Dicho recurso por incumplimiento no podía, evidentemente, encontrar fundamento sustantivo en el artículo 7 TUE. Por ello, y con igual evidencia, la sentencia del TJUE, aun estimatoria, no podía sostener la conclusión final de la Propuesta de la Comisión sobre Polonia, de 20 de diciembre de 2017, a saber, que existía un riesgo claro de violación grave del Estado de derecho por parte de la República de Polonia. Sin embargo, y como veremos a continuación, dicha sentencia sí viene a prestar un cierto respaldo a la Propuesta de la Comisión sobre Polonia, en cuanto que su fallo coincide con una de las conclusiones intermedias en las que se apoya la Comisión para llegar a su conclusión final.

Dice el primer apartado del fallo de la citada sentencia del TJUE lo siguiente:

“1) La República de Polonia ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, al prever, por un lado, la aplicación de la medida de reducción de la edad de jubilación de los jueces del (...) Tribunal Supremo a los jueces de ese Tribunal en ejercicio nombrados con anterioridad al 3 de abril de 2018 y al atribuir, por otro lado, al presidente de la República la facultad discrecional para prorrogar la función jurisdiccional en activo de los jueces de dicho Tribunal una vez alcanzada la nueva edad de jubilación”.

Coincide este fallo con lo concluido por la Comisión en el apartado (125) de su Propuesta sobre Polonia, y ya más arriba reproducido:

“El nuevo régimen de jubilación afecta negativamente a la independencia de los jueces. Las nuevas reglas crean un instrumento adicional a través del cual el presidente de la República puede influir individualmente

sobre los jueces. En particular, la ausencia de criterios sobre la prórroga de los mandatos abre la puerta a una discrecionalidad indebida, socavando así el principio de inamovilidad de los jueces”.

Debe advertirse que cuando el fallo habla del incumplimiento del artículo 19 TUE por parte de la República de Polonia, lo hace porque la sentencia entiende que “la necesidad de independencia de los tribunales (...) está integrada en el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva”⁶⁹, tutela a la que se refiere el párrafo segundo del artículo 19.1 TUE⁷⁰. El incumplimiento de dicho artículo viene, por tanto, por la vía de la infracción del principio de independencia judicial, al que también invoca el apartado (125) de la Propuesta de la Comisión sobre Polonia.

No es sólo que coincidan el fallo de la sentencia y la conclusión (intermedia) de la Propuesta. Coinciden también los fundamentos en que se apoyan. En efecto, tras varias consideraciones que no es necesario reproducir aquí, la sentencia señala que “... procede declarar que la aplicación de la medida de reducción de la edad de jubilación de los jueces del (...) Tribunal Supremo a los jueces de ese Tribunal en ejercicio no está justificada por un objetivo legítimo. Por lo tanto, dicha aplicación viola el principio de inamovilidad del juez, inherente a su independencia”⁷¹.

Según más arriba se vio, la Propuesta de la Comisión sobre Polonia, apoyándose en un dictamen de la Comisión de Venecia, “subraya que la jubilación anticipada de los actuales jueces socava

⁶⁹ STJUE de 24 de junio de 2019, asunto C-619/18, Comisión v Polonia, punto 58.

⁷⁰ Dispone el párrafo segundo del artículo 19.1 TUE que “los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión”.

⁷¹ STJUE de 24 de junio de 2019, asunto C-619/18, Comisión v Polonia, punto 96.

tanto la inamovilidad como la independencia del Tribunal en general”⁷². En ambos casos, pues, el fundamento específico invocado es el del principio de inamovilidad, como uno de los requisitos del más amplio principio de independencia judicial.

La coincidencia de los argumentos se extiende también a la cuestión de la facultad de prorrogar el mandato de los jueces del Tribunal Supremo que la ley polaca confería al presidente de la República. Así, en la sentencia que se viene citando, el principal motivo que lleva al TJUE a censurar la prórroga en cuestión es que “... dicha prórroga queda sujeta a una decisión del presidente de la República que tiene carácter discrecional, por cuanto su adopción no está en sí sometida a ningún criterio objetivo y verificable y no debe estar motivada. Además, no cabe interponer recurso judicial contra esa decisión”⁷³.

En cuanto a la Propuesta de la Comisión sobre Polonia, más arriba se dejó constancia de que en su apartado (124) se dice que para el ejercicio de tal facultad de prórroga “no existen criterios ni está previsto un plazo para la adopción de una decisión, ni se prevé en la legislación la posibilidad de revisión judicial”.

Un grado similar de coincidencia se da entre la Propuesta de la Comisión sobre Polonia y la sentencia del TJUE de 5 de noviembre de 2019, dictada en el asunto C-192/18, Comisión vs. Polonia, relativa a la reducción de la edad de jubilación de los jueces ordinarios⁷⁴.

⁷² Propuesta de la Comisión sobre Polonia, apartado (116). Ver nota 64 en este mismo capítulo.

⁷³ STJUE de 24 de junio de 2019, asunto C-619/18, Comisión v Polonia, punto 114.

⁷⁴ Ver, en especial, los apartados (146) a (148) de la Propuesta de la Comisión sobre Polonia, y los puntos 121 y 122 de la citada sentencia del TJUE de 5 de noviembre de 2019.

Por último, no quedaría completa esta referencia al contexto jurisdiccional relevante a los efectos de la aplicación del artículo 7 TUE sin una breve alusión a la sentencia del TJUE de 19 de noviembre de 2019, dictada en los asuntos acumulados C-585/18, C-624/18 y C-625/18. Ciertamente, por su materia y por traer causa de tres cuestiones prejudiciales, esta sentencia no es tan susceptible como las dos anteriores de ser proyectada sobre las consideraciones contenidas en la Propuesta de la Comisión sobre Polonia. Sin embargo, sí pueden escogerse dos de las reflexiones que el TJUE dirige a la atención del órgano jurisdiccional remitente en relación con el Consejo Nacional del Poder Judicial (CNPJ) polaco, y que no están lejos de lo que al respecto se dice en la Propuesta de la Comisión:

“... primero, que el CNPJ en su nueva composición se constituyera mediante un acortamiento del mandato de cuatro años en curso de los miembros que hasta entonces lo componían; segundo, que, mientras que a los quince miembros del CNPJ elegidos de entre los jueces los elegían en el pasado sus homólogos, ahora los elige una de las cámaras del poder legislativo de entre candidatos que pueden ser propuestos por grupos de dos mil ciudadanos o de veinticinco jueces, reforma que da lugar a que veintitrés de los veinticinco miembros del CNPJ procedan directamente de los poderes políticos o sean elegidos por estos”⁷⁵.

¿Qué influencia pueden tener estas sentencias del TJUE sobre los dos procedimientos iniciados al amparo del artículo 7 TUE y, en particular, sobre el incoado por la Comisión contra Polonia, mediante su Propuesta de 20 de diciembre de 2017? Refiriéndose a los dos sen-

⁷⁵ STJUE de 19 de noviembre de 2019, asuntos acumulados C-585/18, C-624/18 y C-625/18, punto 143. Ver, en este sentido, la Propuesta de la Comisión sobre Polonia, apartados (140) a (142).

tencias aquí citadas en primer lugar, entre otras, un informe del Senado francés respondió a esta pregunta en términos enérgicos:

“... las decisiones del TJUE (...) demuestran que los informes de la Comisión no son meras alegaciones, sino que existen verdaderas ‘pruebas’, puesto que esos dos países [Polonia y Hungría] han sido condenados en varias ocasiones. Resulta, pues, difícil de admitir que el Consejo continúe absteniéndose de constatar la existencia de un riesgo claro de violación grave, cuando los jueces de Luxemburgo (...) han puesto en evidencia, no ya un ‘riesgo’, sino una violación del derecho de la Unión”⁷⁶.

No es propósito de este estudio aventurar una opinión sobre lo que el Consejo debería hacer, o debería haber hecho, en aplicación del artículo 7 TUE. Pero sí podemos concluirlo diciendo que, hasta el momento, dicho precepto ha cumplido una función útil en el marco de la polifonía europea defensora del Estado de derecho. Tal función ha consistido, como mínimo, en propiciar una definición institucional del principio de independencia judicial, elemento esencial de ese Estado de derecho que el artículo 2 TUE menciona, pero no define. No es un mal lugar para iniciar la delimitación del concepto del Estado de derecho, si se tiene en cuenta que, como ha observado la doctrina⁷⁷, la transición del “Estado legal” al “Estado de derecho” se hizo trasladando el centro de gravedad desde el legislador democrático que expresaba la voluntad general al control jurisdiccional de los actos de los poderes públicos.

⁷⁶ Sénat, Rapport d’information, fait au nom de la Commission des affaires européennes (1) sur l’État de droit dans l’Union européenne par MM. Philippe BON-NECARRERE et Jean-Yves LECONTE, Sénateurs, 18 de marzo de 2021, p. 60.

⁷⁷ MORTATI, Costantino, “Istituzioni di Diritto Pubblico”, Tomo I, nona edizione, Cedam, Padova, 1976, p. 141.

Bibliografía

- VON BOGDANDY, A., BOGDANOWICZ, P., CANOR, I., TABOROWSKI, M., and SCHMIDT, M., “Guest Editorial”, *Common Market Law Review* 55, 2018.
- BUSTOS GISBERT, R., “Independencia judicial e integración europea”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- FÁBREGA y CORTÉS, M., “Lecciones de procedimientos judiciales”, tercera edición, Librería Bastinos de José Bosch, Barcelona, 1928.
- KOCHENOV, Dimitry, “Article 7: A Commentary on a Much Talked-About ‘Dead’ Provision”, en A. von BOGDANDY et al. (eds.), *Defending Checks and Balances in EU Member States*, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht 298, 2021.
- PECH, L. y SCHEPPELE, K. L., “Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU”, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Volume 19, December 2017.
- Sénat, Rapport d’information, fait au nom de la Commission des affaires européennes (1) sur l’État de droit dans l’Union européenne par MM. P. BONNECARRERE et J.-Y. LECONTE, Sénateurs, 18 de marzo de 2021.
- ULLOA RUBIO, I., “La primacía del Derecho de la Unión en materia de Estado de derecho: Un repaso a la jurisprudencia del TJUE sobre la independencia judicial”, *La Ley Unión Europea*, n° 104, junio 2022, Wolters Kluwer.

RAMÓN RODRÍGUEZ ARRIBAS

Vicepresidente emérito del Tribunal Constitucional.

Magistrado emérito del Tribunal Supremo.

Abogado

El recurso de incumplimiento como instrumento de defensa de la independencia judicial

1. Evolución histórica del compromiso de la UE con el Estado de derecho

1.1. Instituciones europeas

Hay que empezar por reconocer que la sensibilidad de las instituciones europeas respecto a las condiciones del Estado de derecho, entendido fundamentalmente como división de poderes e independencia del poder judicial, no ha sido, hasta época relativamente reciente, muy intensa; tal vez por causa de la pluralidad de sistemas judiciales en Europa.

En efecto, esa pluralidad es perceptible tanto en las formas de nombramiento de los jueces, como en las garantías de su independencia, respecto de los otros poderes del Estado y de los llamados “poderes fácticos”. Así, por un lado, están los países del *Common Law*, anglosajones y escandinavos, en los que o bien la propia Constitución o bien las referidas garantías no son textos escritos, sino tradiciones consuetudinarias de cuya eficacia práctica

no cabe dudar. Así también, y por otro lado, los países germánicos tienen instrumentos que aseguran la independencia judicial y la división de poderes, a pesar de que la Judicatura se articula en régimen de funcionarios. Por estas razones, los estándares europeos del Estado de derecho no son únicos, sino plurales, pero de lo que no cabe la menor duda, como tendremos ocasión de ver y comprobar, es que, en los casos de Constituciones escritas y cuando existen consejos de la magistratura o consejos de la Justicia, como se ha dado en llamar (lo que es particularmente propio de los países del sur del viejo continente y de las nuevas democracias, surgidas del derrumbamiento del imperio soviético), el estándar europeo del Estado de derecho exige, como garantía de la independencia de los jueces y de su percepción por los ciudadanos, que el órgano de gobierno de la Judicatura esté –al menos– integrado en su mitad por jueces elegidos por sus pares.

Volviendo a comprobar la acentuación de la sensibilidad en cuestiones relacionadas con el Estado de derecho, basta advertir que el expediente que ha sido incoado por la Comisión Europea a Polonia, tenía por causa que en su Consejo de la Magistratura una sustancial mayoría era elegida parlamentariamente, que se había creado una Sala disciplinaria en el Tribunal Supremo y que se había producido una jubilación anticipada de magistrados, lo que afectaba peligrosamente, además, a los de la Corte Suprema. Pues bien, eso es prácticamente lo mismo que hizo la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985, en España: anticipar la jubilación desde los 72 a los 65 (aunque posteriormente se mitigó hasta los 68) y elegirse por el Parlamento, no la mayoría, sino todos los miembros del Consejo General del Poder Judicial.

Pero no solo se hizo eso en España. La LOPJ de 1985 creó una serie de instrumentos para eludir las oposiciones, que ante-

riormente era el único sistema de acceso a la Judicatura, articulando concursos para ingreso en la categoría de juez y en la categoría de magistrado, además del ya existente y siempre respetado, quinto turno de acceso de Juristas eminentes al Tribunal Supremo. Además, se llegó incluso a la supresión del útil recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas, cuya existencia impedía la inmediata aplicación práctica del nuevo sistema de elección de los vocales del Consejo General del Poder Judicial.

Y es de advertir que, si ahora se ha obligado al Estado polaco a dar marcha atrás en tan perniciosas reformas, en el caso de España, hace 37 años, no hubo reacción alguna. De nada sirvieron en España, en aquellos años, los esfuerzos de la Asociación Profesional de la Magistratura ante los parlamentarios que apoyaban al Gobierno para que moderaran las reformas ni con respecto al recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas que, confiando en el Tribunal Constitucional, permitieran que fuera este el que decidiera, en casos excepcionales, la suspensión de la ley, motivándola suficientemente. Ciertamente, esta fórmula hubiera evitado situaciones extremas en el caso de los Estatutos de Autonomía, como se produjo en Cataluña, en el que se ha argumentado, aunque realmente no existiera, una colisión de legitimidades entre la voluntad popular que aprobó la reforma del Estatuto catalán y la Sentencia del Tribunal Constitucional que derogó aquellos preceptos que consideró contrarios a la Constitución. Tan real es esta situación que, para estos casos, es decir, para la impugnación de dichos Estatutos de Autonomía o su reforma, se ha tenido que restaurar el referido recurso, cuya supresión en los años 80, fue una maniobra instrumental para acelerar la intromisión política en el Consejo General del Poder Judicial.

1.1.1. Unión Internacional de Magistrados (UIM en la versión en francés y en español) o International Association of Judges (IAJ en su versión en inglés)

Tampoco se produjo una reacción en la Unión Internacional de Magistrados, institución asociativa judicial de carácter mundial, de la que luego daremos más noticia, y en la que había ingresado poco antes la Asociación Profesional de la Magistratura de España; por cierto, concurren algunas circunstancias curiosas que no me resisto a relatar.

El Comité Ejecutivo Nacional de la APM, la entonces única asociación judicial de España, ordenó una exploración acerca de la UIM, para lo que se designó a un magistrado –de cuyo nombre no me acuerdo– miembro de la Asociación, con la cualidad de “observador”, que viajó a Senegal, en cuya capital se celebraba la reunión del Consejo Central de la UIM, cuyo informe propició la petición de ingreso de la APM en la organización internacional.

Cuando se dictó la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, y en relación con aquellas reformas que se consideraban atentatorias a la independencia judicial, se produjo una petición de intervención, que se incluyó en el orden del día del Consejo Central de la UIM de aquel año 1985, y sabedor de lo que estaba sucediendo y del creciente prestigio de la organización internacional, el Ministerio de Justicia español designó para defender la nueva ley a aquel magistrado, que ya no pertenecía a la APM, pero que era el mismo que la había representado –como observador– en Dakar unos años antes.

El Consejo Central de la Unión Internacional de Magistrados, informado de que estaban pendientes de sentencia ante el Tribunal de Garantías español un recurso de inconstitucionalidad y un conflicto de atribuciones, acordó no tomar ninguna decisión hasta que se produjeran estos fallos. Decisión que podría calificarse de “prudencia excesiva”, ya que si el Tribunal de Garantías acordaba declarar que la

reforma era conforme con la Constitución, a pesar de que la reforma era realmente nociva para la independencia judicial, lo que entonces resultaría desviado sería la propia Constitución española. Como veremos después al analizar la Sentencia del recurso de inconstitucionalidad contra la LOPJ de 1985, se falló que la Constitución de España no tenía ningún defecto y el error estuvo en hacer una “interpretación conforme” por parte del Tribunal Constitucional, la cual se ha revelado muy poco “conforme” con la realidad.

Al hilo de esta cuestión y como quiera que en el cambio de sensibilidad europea ha podido influir la evolución en el seno de la Unión Internacional de Magistrados, explicaremos brevemente lo que representa esta institución.

La Unión Internacional de Magistrados nació en 1953 en Salzburgo, a iniciativa de un reducido grupo de asociaciones judiciales de Europa y la de Brasil del nuevo continente. Rápidamente se fueron añadiendo otras asociaciones de diferentes países y en 1990 alcanzaron la cifra de 23, pero después el incremento ha sido mayor y más rápido, y en la actualidad, prácticamente 100 asociaciones judiciales de los cinco continentes están integradas en la federación. La UIM es la única ONG judicial de las Naciones Unidas, con el carácter de consultora de esta organización, y asesora del Consejo de Europa en el viejo continente, y a la que pertenecen, a través de sus propias asociaciones nacionales, alrededor de 200.000 jueces.

Las principales connotaciones de la UIM, según sus estatutos¹, son su carácter universal, la exigencia de que las asociaciones judiciales que en ella se integren sean realmente representativas de los jueces de su nación, que el Estado al que pertenezcan sea ya un

¹ https://www.unodc.org/res/ji/import/international_standards/the_universal_charter_of_the_judge/universal_charter_2017_spanish.pdf

verdadero Estado de derecho (o esté en vías seguras de conseguirlo) y que solo haya una asociación por cada Estado (lo que excluye el debate ideológico en el seno de la organización internacional y garantiza su absoluto y completo apartidismo político). Estas características, exclusivamente profesionales, son el fundamento del prestigio de la institución y no deberán ser alteradas nunca.

La organización interna de la UIM tenía inicialmente un solo grupo regional, el europeo, titulado “Asociación Europea de Jueces”, y después del ingreso de España se promovió la creación del “Grupo Iberoamericano”, en 1992 –con ocasión de la Expo 92 de Sevilla–, en cuyo seno tuvo lugar el primer Congreso Internacional de Jueces que se celebraba en España. Después siguió el “Grupo Africano” y, finalmente, el “Grupo de Asia, Norteamérica y Oceanía” (ANAO), con lo que se ha completado el panorama continental de la organización.

La labor científica de la Unión Internacional de Magistrados (*International Association of Judges*) se realiza en las reuniones periódicas de su Consejo Central, de los grupos regionales de trabajo antes descritos, y de las comisiones de estudio en las que se analizan, estudian y declaran cuestiones de interés para el funcionamiento de los tribunales, en relación tanto con el Derecho público (penal y administrativo), como con el Derecho privado (civil, mercantil, laboral), que va integrando un acervo verdaderamente interesante desde el punto de vista de los estudios jurídicos, especialmente los judiciales. No obstante, no hay que olvidar que en la actualidad y sirviendo a sus iniciales objetivos, esta federación de asociaciones judiciales se ocupa, con especial interés, de cooperar con las asociaciones de los diferentes Estados para el mantenimiento de la independencia judicial, dentro de la más estricta división de poderes en un Estado de derecho y como garan-

tía eficaz del respeto a las libertades públicas y los Derechos Humanos de los ciudadanos de todo el mundo.

1.2. Los Estatutos de los Jueces establecidos en el seno de la UIM

Fue en marzo de 1993 cuando en el seno del Grupo Europeo (o Asociación Europea de Jueces) y en una reunión celebrada en la ciudad alemana de Wiesbaden, la Asociación Profesional de la Magistratura de España presentó una propuesta de “Estatuto de los Jueces en Europa”, en la que, entre otras varias cosas, ya se establecía que “en aquellos Estados donde hubiera un Consejo de la Magistratura, este debería estar constituido por una mayoría de jueces elegidos por sus pares”, si bien se reconocía también que donde “por tradición hubiera otros sistemas para el gobierno de la Judicatura” –como es el caso de los países del *Common Law*, los escandinavos, etc.– “se respetaran dichos sistemas tradicionales”.

El Estatuto resultó aprobado por el Pleno del Grupo Europeo y, poco después, surgió el “Estatuto del Juez Iberoamericano”, a continuación, el del africano (ambos reproduciendo lo referente a los Consejos de la Magistratura), y finalmente el “Estatuto Universal del Juez” resultó aprobado –en 1999– por el Consejo Central de la UIM y con la activa intervención de la asociación española, cuyo artículo 2-3 dice textualmente:

“A fin de salvaguardar la independencia judicial, debe crearse un Consejo de la Judicatura, u otro órgano equivalente, salvo en los países en los que tradicionalmente se garantiza esta independencia por otros medios.

El Consejo de la Judicatura debe ser completamente independiente de los demás poderes del Estado.

Debe estar compuesto por una mayoría de jueces elegidos por sus compañeros, de acuerdo con procedimientos que aseguren su mayor representación.

El Consejo de la Judicatura puede tener miembros que no sean jueces, para representar la variedad de la sociedad civil. Para evitar cualquier sospecha, estos miembros no pueden ser políticos. Deben tener las mismas calificaciones en términos de integridad, independencia, imparcialidad y habilidades de los jueces. Ningún miembro del Gobierno o del Parlamento puede ser al mismo tiempo miembro del Consejo de la Judicatura.

El Consejo de la Judicatura debe estar dotado de las mayores facultades en materia de contratación, formación, nombramiento, promoción y disciplina de los jueces.

Debe preverse que el Consejo pueda ser consultado por los demás poderes del Estado sobre todas las cuestiones posibles relativas a la situación judicial y la ética, así como sobre todas las cuestiones relativas al presupuesto anual de Justicia y la asignación de recursos a los tribunales, en la organización, funcionamiento e imagen pública de las instituciones judiciales”.

Si comparamos este texto con el artículo 122 de nuestra Constitución, en la parte que se refiere al Consejo General del Poder Judicial (apartados 2 y 3) y con la Ley Orgánica 1/1980, de 10 de enero², que creó un consejo mayoritariamente formado y elegido por los propios jueces, se hace visible la activa gestión realizada durante todos esos años por la Asociación Profesional de la Magistratura de España en el seno de la Unión Internacional de Magistrados y cómo estas sensibilidades, a través del Grupo Europeo o Asociación Europea de Jueces, se han ido transmitiendo a las ins-

² <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1980-720>

tuciones europeas, tanto comunitarias como del Consejo de Europa (lo que también veremos más adelante).

1.3. Los recursos ante el Tribunal Constitucional español sobre la Ley Orgánica de 1985

Aunque, como acabamos de ver, fue muy débil o inexistente la reacción de las instituciones europeas y de la Unión Internacional de Magistrados ante las reformas introducidas por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985³, en el interior de España sí se reaccionó activamente, a través de un recurso de inconstitucionalidad (interpuesto por más de 50 diputados del Congreso) y también mediante un conflicto de atribuciones (promovido por el propio Consejo General del Poder Judicial, presidido por Federico Carlos Sainz de Robles).

El Tribunal Constitucional resolvió el asunto fundamentalmente en la Sentencia 108/1986, de 29 de julio⁴, desestimando parcialmente la pretensión anulatoria de la LOPJ y estableciendo un Fundamento de Derecho –verdaderamente singular– que es el número 13, cuyo texto literal es preciso reproducir en la parte pertinente:

“Tampoco los antecedentes de la elaboración del texto arrojan luz suficiente para resolver el problema de manera que no deje lugar a dudas. Como ha dicho este Tribunal, los debates parlamentarios “son un importante elemento de interpretación aunque no la determinen” (Sentencia núm. 5/1981, de 13 de febrero). No es necesario, sin embargo, extenderse aquí en el problema de cuál es el valor de los antecedentes parlamentarios en la interpretación de un texto constitucional, porque en el presente caso, el análisis de esos antecedentes no conduce forzosamente a la conclusión a que llegan los recurrentes. En efecto, el Ante-

³ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>

⁴ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-1986-21938>

proyecto de Constitución decía de modo explícito que ‘doce de los miembros del Consejo serán nombrados a propuesta y en representación de las distintas categorías de las carreras judiciales’. La ponencia, por mayoría de los representantes de los grupos de Unión de Centro Democrático y Alianza Popular y sobre la base del texto contenido en un voto particular de la Unión de Centro Democrático y de otras enmiendas, dio una nueva redacción al texto estableciendo que, de quince vocales que entonces se preveían para el Consejo, diez serían propuestos “entre jueces y magistrados en los términos que establezca la Ley Orgánica”, y los otros cinco por el Congreso de los Diputados. En el debate en la Comisión se formuló por el representante del grupo parlamentario socialista una enmienda *in voce*, en la que se proponía aumentar a veinte el número de vocales, doce entre jueces o magistrados de todas las categorías y ocho por el Parlamento, enmienda que fue aceptada (...), según el Texto finalmente aceptado, parece deducirse la existencia de un consenso implícito sobre la necesidad de que los doce vocales procedentes de la Carrera Judicial expresasen no sólo diferentes niveles de experiencia por su función y su edad, sino las distintas corrientes de pensamiento existentes en aquélla, pero ese consenso no parece extenderse hasta la determinación del procedimiento adecuado para alcanzar tal resultado, de forma que no se constitucionalizó una fórmula concreta sino que los constituyentes se limitaron a remitirla a una futura ley orgánica.

Un resultado en cierto modo análogo es el que se alcanza al intentar la interpretación de la norma contenida en el art. 122.3 según su espíritu y finalidad. El fin perseguido es, de una parte, el de asegurar la presencia en el Consejo de las principales actitudes y corrientes de opinión existentes en el conjunto de jueces y magistrados en cuanto tales, es decir, con independencia de cuales sean sus preferencias políticas como ciudadanos y, de la otra, equilibrar esta presencia con la de otros juristas que, a juicio de ambas Cámaras, puedan expresar la proyección en el mundo del derecho de otras corrientes de pensamiento existentes en la sociedad. La finalidad de la norma sería así, cabría afirmar de manera

resumida, la de asegurar que la composición del Consejo refleje el pluralismo existente en el seno de la sociedad y, muy en especial, en el seno del poder judicial. Que esta finalidad se alcanza más fácilmente atribuyendo a los propios jueces y magistrados la facultad de elegir a doce de los miembros del CGPJ es cosa que ofrece poca duda; pero ni cabe ignorar el riesgo, también expresado por algunos miembros de las Cortes que aprobaron la Constitución, de que el procedimiento electoral traspase al seno de la Carrera Judicial las divisiones ideológicas existentes en la sociedad (con lo que el efecto conseguido sería distinto del perseguido) ni, sobre todo, puede afirmarse que tal finalidad se vea absolutamente negada al adoptarse otro procedimiento y, en especial, el de atribuir también a las Cortes la facultad de propuesta de los miembros del Consejo procedentes del Cuerpo de Jueces y Magistrados, máxime cuando la Ley adopta ciertas cautelas, como es la de exigir una mayoría calificada de tres quintos en cada Cámara (art. 112.3 LOPJ). Ciertamente, se corre el riesgo de frustrar la finalidad señalada de la norma constitucional si las Cámaras, a la hora de efectuar sus propuestas, olvidan el objetivo perseguido y, actuando con criterios admisibles en otros terrenos, pero no en este, atiendan sólo a la división de fuerzas existente en su propio seno y distribuyen los puestos a cubrir entre los distintos partidos, en proporción a la fuerza parlamentaria de éstos. La lógica del Estado de partidos empuja a actuaciones de este género, pero esa misma lógica obliga a mantener al margen de la lucha de partidos ciertos ámbitos de poder y entre ellos, y señaladamente, el poder judicial.

La existencia y aun la probabilidad de ese riesgo, creado por un precepto que hace posible, aunque no necesaria, una actuación contraria al espíritu de la norma constitucional, parece aconsejar su sustitución, pero no es fundamento bastante para declarar su invalidez (...). Ocurriendo así en el presente caso, pues el precepto impugnado es susceptible de una interpretación conforme a la Constitución y no impone necesariamente actuaciones contrarias a ella, procede declarar que ese precepto no es contrario a la Constitución”.

Un eminente jurista, Andrés Ollero (catedrático de Filosofía del Derecho y magistrado emérito del Tribunal Constitucional) ha calificado esta sentencia, por mor de este fundamento jurídico, como “la peor de las dictadas por el Tribunal”.

En efecto, resulta verdaderamente sorprendente que después de decir que la fórmula más ajustada a la Constitución viene a ser la de que los vocales judiciales del Consejo General del Poder Judicial sean elegidos por los propios jueces, acepta como constitucional la fórmula que –reconoce– plantea un serio riesgo de politización partidista –verdaderamente profético– porque, desde el momento mismo de la primera aplicación del nuevo sistema parlamentario de elección de vocales judiciales, o mejor dicho, de todos los miembros del órgano de gobierno de la Judicatura española, el sistema aplicado ha sido –precisamente– el de reparto de cuotas, en proporción a la fuerza parlamentaria de cada partido, y así han venido haciéndolo hasta el último Consejo –y parece que es una intención que desgraciadamente permanece, más o menos explícita, en los partidos políticos, con alguna honrosa excepción–.

En el sistema constitucional español no existe la institución de la “inconstitucionalidad sobrevenida” que, de estar establecida, hubiera terminado expulsando del ordenamiento jurídico el sistema de elección parlamentaria de los vocales judiciales del CGPJ. Pero es que, además, tampoco nunca se ha producido una auténtica y verdadera elección parlamentaria, con la consiguiente selección de candidatos en la Comisión de nombramientos de cada Cámara, discusión transparente en el Pleno para la valoración del mérito y capacidad de cada candidato, y votación final secreta y sin ninguna disciplina de voto; antes, al contrario, siempre se ha “cocido” todo entre los comités ejecutivos de los partidos mayoritarios, a veces entre dos únicas personas en un despacho de las

Cortes, y seguido después de unas votaciones en los plenos cuyo resultado se conocía de antemano, no solo con los nombres de los que iban a ser designados vocales del Consejo, sino también anunciando el nombre del que éstos iban a designar como presidente del Tribunal Supremo y, con ello, del propio Consejo, en una “milagrosa” anticipación.

El sistema fue al principio defendido por quienes lo habían patrocinado, y hasta por algunas asociaciones judiciales; y aunque inicialmente la Asociación Profesional de la Magistratura estuvo en minoría, y en algunos momentos en soledad, es lo cierto que el patente fracaso del propio sistema ha conducido a que se adhirieran unos y otros, hasta llegar a una mayoría muy significativa de los que consideran que es necesario volver al sistema de la Ley Orgánica de 1980. Sin embargo, no cabe desconocer que los dirigentes de los partidos, aunque sea de manera no expresa, se resisten a “sacar sus manos” del órgano de gobierno de la Justicia y, en algunas actitudes, esa intención se muestra expresamente.

Este es un tema capital, tanto en el orden interno de las instituciones españolas como en lo que afecta al ámbito europeo, en la nueva y más firme sensibilidad en favor de un Estado de derecho esencialmente fundado en la plena independencia judicial. Tan importante es este extremo que, si ese problema no se resuelve sin demora y se hace de acuerdo con los estándares europeos del Estado de derecho (para aquellos Estados miembros que disponen de Constitución escrita) y de un Consejo de la Justicia para el gobierno autónomo del Poder Judicial, la actual sensación de politización del poder judicial, aunque sea injusta y no responda a la realidad, no se habrá resuelto y nuestra posición en Europa quedará lastrada y –tal vez– sometida a expedientes de la Unión Europea.

1.4. Positivas reacciones posteriores de las Instituciones Europeas, la Comisión de Venecia, Intervención del Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE), y Comisión Europea de la UE

Como ya se ha anunciado, y aunque la evolución ha sido lenta y progresiva, las instituciones europeas han ido tomando conciencia de la importancia que tiene para la construcción europea tanto la división de poderes (como fundamento de la democracia), como la independencia judicial (que garantiza la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos) y que están llamadas a ser la base de la confianza de éstos en las instituciones democráticas; lo cual se extiende a los sistemas de gobierno de los jueces y a los estándares que han de regir los Consejos de la Magistratura (en los Estados que tienen establecido este sistema). Así, ha habido diferentes pronunciamientos, tanto de la Comisión de Venecia como de la propia Comisión Europea, en el marco de la Unión. Nos ceñiremos a los datos más recientes. En este último caso, específicamente referido a España.

1.4.1. Comisión de Venecia

Para la protección de los derechos humanos, en el seno del sistema institucional del Consejo de Europa, se encuentra la llamada Comisión de Venecia para la Democracia a través del Derecho, cuyo protagonismo ha ido aumentando con los años y que se ha ocupado de estos temas en diferentes declaraciones relativas a la independencia de los sistemas judiciales, a las características del Ministerio Público y de la intervención del Consejo Consultivo de Jueces Europeos.

1.4.1.1. Independencia judicial

Merece especial atención, en cuanto afecta a la independencia de los jueces, el informe adoptado en la 82ª reunión plenaria,

del 12 al 13 de marzo de 2010. En este informe, se comienza diciendo que “si no existen jueces independientes, los derechos y libertades no pueden aplicarse de una manera correcta y legal”, añadiendo que “por lo tanto, la independencia del poder judicial no es un fin en sí mismo. No es un privilegio del que gozarían los jueces a título individual, sino que se justifica por la necesidad de permitir que los jueces cumplan su misión de guardianes de los derechos y libertades de las personas”.

Recuerda que, a nivel europeo internacional, existe un gran número de textos dedicados a la independencia del poder judicial, con cita del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que garantiza el derecho a un tribunal independiente e imparcial. Y entre los textos del Consejo de Europa, cita la Carta Europea sobre el Estatuto de los Jueces, adoptada durante una reunión multilateral organizada en Estrasburgo, en julio de 1998, por la Dirección de Asuntos Jurídicos del Consejo de Europa. No puede negarse la relación que existe entre esta medida y el “Estatuto de los Jueces en Europa”, de la Asociación Europea de Jueces (Grupo Europeo de la Unión Internacional de Magistrados), que citábamos más arriba.

También se refiere la Comisión de Venecia al artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuando dice: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia, por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”. Y también se refiere a los principios básicos relativos a la independencia de la Judicatura, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1985, y a los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial, adoptados en 2002, y que reconoce coincidentes con los del Consejo de Europa.

La recomendación (94) 12 prevé que “la independencia de los jueces debería estar garantizada, de acuerdo con las disposiciones de la Convención Europea de los Derechos Humanos y conforme a los principios constitucionales” añadiendo que, a tal efecto, “debe figurar así en las Constituciones de los países”, principio que apoya la Comisión de Venecia.

1.4.1.2. Bases de nombramiento y promoción de los jueces

En cuanto a las bases del nombramiento y promoción de los jueces, la Recomendación (94) 12 prevé que “toda decisión relativa a la carrera profesional de los jueces, debería apoyarse en criterios objetivos”, y que “la selección” y “la carrera de los jueces... debería basarse en el mérito, atendiendo a sus calificaciones, su integridad, competencia y eficacia”. Como vemos, esta es una regla universal que también recoge la Constitución española para los nombramientos al servicio público, que deben basarse siempre “en el mérito y la capacidad”.

El informe que estamos comentando añade que “el mérito no es solo una cuestión de conocimientos jurídicos, competencias analíticas o excelencia académica”, sino que debe alcanzar a tener en cuenta “la personalidad, el criterio, la accesibilidad, la aptitud para la comunicación, la eficacia en la toma de decisiones, etc...”. Y a renglón seguido, reclama como ‘indispensable’ “que los jueces tengan sentido de la justicia y de la equidad”, aunque reconoce la dificultad para la elaboración de estos criterios.

En cuanto a los órganos de nombramiento y de carácter consultivo, la misma Recomendación (94) 12 “muestra una preferencia por un consejo judicial” pero “acepta otros sistemas”. Otra vez aparece aquí la pluralidad de sistemas judiciales en el seno de Europa –y que ya hemos puesto de manifiesto–. Sin embargo –y como veremos

también más adelante—, tanto la Comisión de Venecia como el Consejo Consultivo de Jueces Europeos se muestran a favor de la existencia de un “órgano independiente”, “compuesto en gran medida por representantes de los jueces elegidos democráticamente por otros jueces”. Es más, parece como si se estuviera invitando a la generalización del sistema de un Consejo de la Justicia, mayoritariamente formado por jueces elegidos por sus pares, como el ideal para que este sea “el órgano que se ocupe de la selección, la promoción, los nombramientos, la disciplina y todo lo relativo a la carrera profesional” de los jueces en un Estado de derecho, aunque reconozca que “en Europa existen todo tipo de sistemas para los nombramientos judiciales y no hay un modelo único aplicable a todos los países”.

También añade unas consideraciones que distinguen entre las “democracias antiguas”, en las que el poder ejecutivo tiene una influencia decisiva en los nombramientos judiciales (sin perjuicio de que, en la práctica, esas facultades queden limitadas fuertemente “por la cultura y las tradiciones jurídicas desarrolladas a lo largo de los años”) y, por otra parte, las que llama “democracias jóvenes”, en las que aún no existen ‘tradiciones’ para impedir los abusos y en las que la conclusión implícita es la necesidad absoluta de suplir ‘los controles de la tradición y la cultura’ por un ‘órgano independiente que gobierne a la Judicatura’, constituido, al menos en la mitad —o más— por jueces elegidos por los propios jueces, democráticamente.

1.4.1.3. Duración del mandato de los jueces

En cuanto a la duración del mandato de los jueces, la Recomendación (94) 12 declara que “con independencia de que sean nombrados o elegidos, son inamovibles hasta que hayan alcanzado la edad obligatoria de la jubilación o el término de su mandato”, señalando a continuación que “en la práctica europea, los nombra-

mientos a tiempo completo hasta la edad legal de la jubilación, son la regla”.

Este criterio, el de una verdadera carrera profesional que empieza con el acceso a la función de juez y termina de manera predefinida al cumplir la edad de jubilación, es el que se ha seguido en España, y –como ya hemos descrito anteriormente– fue objeto de una grave desviación al promulgarse la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, anticipando la fecha de jubilación (sobre la marcha parcialmente corregida y que a lo largo de los años acabó restaurada).

Conviene dejar constancia de que la Comisión de Venecia se opone a nombramientos provisionales de periodos cortos porque socaban la independencia de los jueces, “ya que éstos podrían sentirse presionados para resolver causas de un modo particular”.

Con respecto a la inamovilidad de los jueces, su disciplina y los traslados, la Comisión de Venecia pone el acento en la inamovilidad de los jueces como elemento fundamental de su independencia, lo que exige que esas medidas que afectan a los jueces sean adoptadas, en todo caso, por órganos independientes y con procedimientos que garanticen plenamente los derechos de los propios jueces, especialmente cuando se trate de la adopción de medidas disciplinarias.

1.4.1.4. Órganos de nombramiento y consultivos respecto a los jueces

La misma Recomendación 12 trata de un Consejo judicial como órgano a tal fin destinado, aunque acepta otros sistemas, y dice textualmente: “la autoridad competente en materia de selección y de carrera de los jueces, debería ser independiente del Gobierno y de la Administración”. Para asegurar su independencia, habría que “prever disposiciones para garantizar, por ejemplo, que sus miembros sean designados por el Poder Judicial” y que “la au-

toridad decida –ella misma– cuáles son sus propias reglas de procedimiento”. Sin embargo, cuando la Constitución, la legislación o las tradiciones le permitan al Ejecutivo intervenir en el nombramiento de los jueces “conviene garantizar que los procedimientos de designación de los jueces sean transparentes e independientes en la práctica” y que “las decisiones no estén influenciadas por otros motivos que los que están unidos a los criterios objetivos indicados más abajo”; con esta cautela se deja dentro de lo permitido aquellos sistemas, como el alemán, en que hay una intervención directa del Gobierno en los nombramientos, aunque se hace referencia expresa a la forma en que deben producirse éstos; añadiendo que el Consejo Consultivo de los Jueces Europeos se muestra “a favor de un órgano independiente compuesto, en gran medida, por representantes de los jueces elegidos democráticamente por otros jueces”.

Obsérvese que, con reiteración, nos venimos refiriendo a una cuestión medular de la independencia judicial, tanto referida a la de cada juez (en particular) como al conjunto de los jueces (en cuanto a su gobierno y su administración), que consiste en que ‘aunque haya otros sistemas que por la cultura y la tradición pueden garantizar su independencia’ (que se respetan en cuanto a que –en la práctica– han servido y sirven para mantener protegida aquella), ‘en todos los demás casos’ –y con una implícita preferencia– la Comisión de Venecia establece como sistema de gobierno autónomo de la Judicatura los que se han llamado Consejos de la Justicia (como ‘órganos independientes, formados mayoritariamente por jueces elegidos por los jueces’). Y este sistema es, además, el que mejor garantiza la imagen de independencia de los jueces, en su conjunto, y les sitúa a cubierto de nocivas influencias que, aunque sean en apariencia, pueden perjudicar gravemente la percepción de los ciudadanos respecto a la independencia judicial. Por ello, ha de considerarse al sistema de los Consejos de la Justicia

como uno de los estándares europeos del Estado de derecho y además –añadimos nosotros– el que debiera generalizarse y –de hecho– se está adoptando con este carácter, en Estados que tuvieron otros sistemas en vigor.

También se integra en las bases de la independencia judicial “una remuneración suficiente de los jueces” y “la adecuada financiación de medios materiales y personales para los tribunales”, aun reconociendo las diversidades de cada país y las posibilidades económicas y financieras de los Estados.

La Comisión de Venecia se refiere además “a la ausencia de influencias externas, al carácter definitivo de las decisiones judiciales, a la independencia dentro del sistema judicial”, llegando a “establecer criterios objetivos y transparentes, predeterminados por la Ley para la asignación de casos a los jueces”, como en España se reconoce y regula en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en las diferentes Leyes de Enjuiciamiento o Procesales.

1.4.1.5. Ministerio Público

En relación con el Ministerio Público ha de tenerse en cuenta, por lo que respecta a la llamada “Comisión de Venecia”, la parte II del Informe sobre “Las normas europeas relativas a la independencia del sistema judicial”, que fue adoptado por la referida Comisión, en su 85ª reunión plenaria, celebrada entre los días 17 y 18 de diciembre de 2010. El citado informe comienza refiriéndose a una serie de documentos internacionales que cita expresamente y que, por su interés, vamos a reproducir:

- La recomendación Rec (2000) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre el papel del Ministerio Público en el sistema de justicia penal.

- Las directrices sobre la función de los fiscales, de las Naciones Unidas, de 1990.
- Las normas de responsabilidad profesional y declaración de derechos y deberes fundamentales de los fiscales, de la Asociación Internacional de Fiscales, de 1999.
- La Declaración de Burdeos, del Consejo Consultivo de Jueces Europeos y del Consejo Consultivo de Fiscales Europeos, bajo el título “Jueces y fiscales en una sociedad democrática”.
- Las directrices europeas sobre la ética y la conducta de los fiscales, conocidas con el nombre de “Directrices de Budapest”, del año 2005.

El Ministerio Fiscal no forma parte en España del poder judicial, pero suele decirse que ha de “insertarse” en él y, además, es una pieza fundamental del proceso penal, y así se considera en todos los Estados europeos, por lo que todo aconseja dedicar una atención suficiente a las condiciones que fijan los ‘estándares europeos’ en relación con el Estado de derecho.

Señala el informe de la Comisión de Venecia –que estamos glosando– la diversidad de modelos de Ministerio Público que concurre en el conjunto de Europa, desde los que llama “sistemas contradictorios” (es decir, sistema acusatorio en España), y los “inquisitoriales” (sistema inquisitivo en España, cuando existió en época ya lejana). Refiriéndose también a los sistemas que se rigen por el “principio de igualdad” (en que la acción penal debe ejecutarse siempre) y los sistemas regidos por el “principio de oportunidad” (en que el fiscal puede valorar la conveniencia o no del ejercicio de la acción penal). También señala que algunos esquemas autorizan las “acciones judiciales privadas”, mientras otros confían

el “monopolio de la acción penal al fiscal”; y dentro de cada sistema hay también variables.

Mención especial merece la tendencia a confiar al Ministerio Público la instrucción, unas veces en solitario y otras en colaboración con la policía. Todos estos sistemas se han interferido y mezclado en sistemas que podemos llamar “mixtos”.

1.4.1.5.1. El sistema español del proceso penal

Debemos destacar aquí y ahora las singularidades, en mi opinión, elogiables, que tiene el sistema español y que vamos a describir.

Por una parte, prima cada vez más en el sistema español el principio acusatorio, con la instrucción confiada a un juez totalmente independiente, y en ningún caso sometido a disciplina alguna, con una Fiscalía que no tiene el monopolio de la acción penal, antes al contrario, la comparte con la posibilidad de que la víctima –a la que se le ofrece dicha posibilidad al comienzo de cada procedimiento– pueda designar abogado y procurador que colabore con el fiscal en el ejercicio de la llamada “acusación particular” (poderoso instrumento en la defensa de los derechos e intereses de la víctima) y en el marco de un proceso en el que, frente al autor del hecho criminal, se ejercen no solo las acciones penales sino también las civiles, si no son expresamente reservadas por la parte interesada. Y, además, concurre con estos instrumentos la figura típicamente española de la “acusación popular”, por la que ciudadanos y entidades pueden ejercer la acción penal de persecución del delito, cooperando e incluso supliendo o anticipando la acción del Ministerio Público, lo cual hace más difícil la generalización del “principio de oportunidad” que, en otros sistemas, permite la pasividad del fiscal (lo que puede causar perturbaciones graves en el sistema –como también se pone de manifiesto en el informe de la Comisión de Venecia, en varias ocasiones–).

Creo que todas estas instituciones –más o menos singulares– del sistema español tienen demostrada su bondad y eficacia a lo largo de los años, y deben ser mantenidas y conservadas como tradiciones jurídicas sin más modificaciones que las que resulten convenientes para evitar o corregir desviaciones o abusos (como por ejemplo en el empleo de la acusación popular), pero sin suprimirlas o desnaturalizarlas.

1.4.1.5.2. Cualidades de los fiscales, garantías contra las injerencias y nombramiento del fiscal general

Otro aspecto importante del Informe de la Comisión de Venecia en relación con el Ministerio Público es el que se refiere a las cualidades que han de tener los fiscales. Ese capítulo empieza con una frase que merece la pena reproducir; dice así: “Dado que actúa en nombre de la sociedad en su conjunto y habida cuenta de que una condena penal tiene consecuencias graves, el fiscal debe actuar con estándares más elevados que un litigante en materia civil”; y a continuación, agrega: “El fiscal debe actuar de manera justa e imparcial,... incluso en los sistemas que no consideran al fiscal como parte del sistema judicial, este debe actuar como un juez”; y más adelante añade: “el fiscal debe actuar con equidad cuando decida emprender acciones judiciales o no, y enunciar los cargos”. Vemos como, también aquí –con reiteración–, el informe se pronuncia sobre los aspectos de imparcialidad, justicia y equidad, equiparando al fiscal con el juez.

Que sepamos, el único sistema judicial que ha llevado este principio a sus últimas consecuencias es el de Italia, donde jueces y fiscales integran un solo cuerpo profesional (en gran parte intercambiable) y donde ambos, jueces y fiscales, tienen un mismo estatus de independencia.

A continuación, el informe de la Comisión de Venecia sobre los fiscales se ocupa del “riesgo de injerencia” tanto “del poder político” como “de otros centros de presión”, centrándose en los métodos apropiados para limitar estos riesgos; para, a continuación, tratar los principales modelos de organización del Ministerio Público. Así, señala, en primer lugar, a los sistemas en los que el fiscal no es independiente del poder ejecutivo, reclamando la necesidad de que haya garantías de transparencia en lo que respecta a toda instrucción que pueda darse a casos individuales.

Permítasenos subrayar que la preocupación de la Comisión de Venecia no tiene cabida en el sistema español, en el que la instrucción penal está confiada, hasta ahora –y esperemos que esa ventaja no se tuerza–, por jueces ‘independientes, inamovibles, responsables y sometidos exclusivamente al imperio de la Ley’, como el resto de jueces del sistema.

La pluralidad de sistemas existente en Europa –que tantas veces hemos señalado– hace que no haya un solo estándar del Estado de derecho –como ya hemos dicho y reiteraremos más adelante–; y así, en unos casos, el Ministerio Público aparece subordinado al poder legislativo o al ejecutivo; y aunque sea considerado prematuro, habrá que caminar hacia la idea de una armonización de sistemas, en los que prime –añadimos nosotros– la independencia del fiscal.

Como la propia Comisión de Venecia reconoce, la independencia del Ministerio Público puede ser ‘interna’: de los fiscales respecto de la Fiscalía General (lo que no se da en los sistemas regidos por el principio de jerarquía, como en España); y puede haber una independencia ‘externa’: que es esencial en todo caso, sobre todo en el curso del proceso penal, y que debe salvaguardarle de injerencias en toda situación (incluso con una marcada independencia interna en cuanto a los superiores jerárquicos del Ministerio Público).

Cuestión fundamental en esta área, respecto de las cualidades que ha de tener el Ministerio Fiscal, se encuentra en los sistemas de nombramiento del fiscal general, asunto que en España tiene una evidente actualidad, lo que aconseja que nos extendamos un poco más en estos concretos aspectos.

El informe de la Comisión de Venecia dedica un espacio a copiar literalmente los que llama “Principios Rectores de la Constitución de la República de Hungría”, donde llegó a declarar que “es importante que el método de selección del fiscal general sea tal, que goce de la confianza del público y del respeto de los otros miembros del sistema judicial y de las profesiones jurídicas. Se trata –y lo destaca– de incluir en este proceso de selección un componente no político, el de los especialistas”, y con cierto realismo añadió: “sin embargo, es comprensible que el Gobierno desee ejercer un control sobre este nombramiento, habida cuenta de la importancia que reviste la acusación para el buen funcionamiento y la eficacia del Estado, y con este dispuesto a conceder a otro organismo, por muy distinguido que sea, carta blanca en el proceso de selección”. Y concluye: “Por lo tanto, se propone considerar la creación de una Comisión de nombramiento integrada por personas que gocen tanto del respeto público, como de la confianza del Gobierno”. Recordemos que todo esto se refiere a un problema planteado en Hungría.

En definitiva, lo que propone la Comisión de Venecia es que haya un consenso para el nombramiento del fiscal general, cualquiera que sea el sistema adoptado, entre el Gobierno y la sociedad civil, representada en la comunidad jurídica.

En España, la Constitución (artículo 124 CE), establece que “El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial”. No hace

falta destacar que el sistema ha producido –y está produciendo– disfunciones no deseables, tanto en el propio nombramiento, como en la confianza que la Fiscalía va a inspirar a los ciudadanos.

Aunque no es el momento ni la ocasión para promoverlo, no podemos silenciar que –hace años– la Asociación Profesional de la Magistratura propuso una reforma constitucional consistente en que el fiscal general del Estado fuese nombrado por el Consejo General del Poder Judicial en la primera reunión posterior a cada renovación que se dedica a la elección del presidente del Tribunal Supremo y, por ello, del propio Consejo; eligiéndose al fiscal general del Estado con los mismos requisitos, condiciones, tiempo del mandato, etc., que el del presidente del más alto Tribunal. Quede constancia, como dato histórico y propuesta, que supondría un claro progreso en el Estado de derecho de España.

El informe de la Comisión de Venecia se extiende también a estudiar ‘la responsabilidad del Ministerio Fiscal, el nombramiento de los fiscales’ distintos del fiscal general, ‘la disciplina, las garantías de la no injerencia’ en la labor del Ministerio Fiscal, ‘el Consejo de Fiscales, la remuneración y formación’ de los miembros del Ministerio Público y ‘los poderes del fiscal fuera del ámbito penal’. No obstante no poder abarcar todos estos interesantes extremos, sí que conviene detenerse en la parte del informe que se refiere a los riesgos de poderes excesivos del Ministerio Público.

También aquí, la pluralidad de sistemas es patente, y así en varios países europeos regidos por el *Common Law* se combinan las dos funciones esenciales de defensa del interés público, por un lado, y del interés estatal, por el otro, que corresponden al Ministerio Fiscal; pero este sistema, basado en sólidas tradiciones respetadas, presenta problemas y riesgos en otros países, como sucedió en los sistemas totalitarios, singularmente en los regidos por las lla-

madras “democracias populares” (en definitiva, lo que también se llamó la Unión Soviética y sus países satélites), en las que el Ministerio Público se constituía en un verdadero poder sin rendición de cuenta alguna. Y dado que aún existen reminiscencias en algunos Estados constituidos en jóvenes democracias, la Comisión de Venecia sale al paso de este riesgo, con clara energía. En este aspecto, la Comisión dice con contundencia que “los actos del fiscal que afectan a los derechos humanos, como el registro y la detención, deben seguir estando bajo el control de los jueces. En algunos países, una ‘tendencia a favorecer las acciones judiciales’ parece conducir a una ratificación casi automática de todas las autorizaciones de los fiscales, lo que no solo constituye un riesgo para los derechos humanos de las personas afectadas, sino también para la independencia del poder judicial en su conjunto”. Este peligro de “seguidismo” al fiscal es posible hasta en los sistemas fuertemente garantistas, con un juez de instrucción al frente de la investigación, como lo es el sistema español.

1.4.2. Intervención del Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE)

El referido Consejo Consultivo elaboró un documento en el año 2007, por encargo del Comité de Ministros del Consejo de Europa, confeccionando un informe sobre la estructura y el papel del Consejo Superior de la Magistratura (u otros órganos equivalentes), indispensable en un Estado de derecho; todo ello, sin perjuicio de las diversas opciones de los Estados para articular procedimientos garantes de la independencia de los jueces. Con el objetivo general de garantizar la independencia del sistema judicial y el Estado de derecho, recomendó a dicho efecto que el Consejo de la Justicia, al menos en los países dotados de una Constitución escrita, sea espe-

cificado en esta o, al menos, en un instrumento legislativo o constitucional equivalente.

Y al que, más adelante, declara que ha de confiarse “el gobierno autónomo del poder judicial”, “permitiendo a los jueces ejercer sus funciones fuera de los poderes ejecutivo y legislativo, y de cualquier presión indebida que proceda del propio poder judicial”.

En cuanto a la composición, y para que el Consejo de la Justicia sea, en todo caso, independiente y transparente –en coincidencia con lo que ya habían acordado las asociaciones judiciales federadas en la Unión Internacional de Magistrados– ha de estar “mayoritariamente compuesto por jueces, elegidos por sus pares”.

En cuanto a la presidencia del Consejo de la Justicia, el CCJE se termina inclinando porque ‘sea un juez elegido por el propio Consejo’, (‘órgano colegiado’ que además ‘ha de disponer de amplia competencia para garantizar la independencia’ y la eficacia de la Justicia), recogiendo en unas apretadas conclusiones todas sus especificaciones –que no se reproducen, porque lo que pretendemos aquí es ceñirnos a lo que es el requisito previo y esencial para garantizar la división de poderes y la independencia judicial, es decir, las garantías que aseguran esa independencia desde el gobierno autónomo de los jueces–.

1.4.3. Comisión Europea

La Comisión Europea publica anualmente –y es de general conocimiento, por estar difundida en su página web– su evaluación sobre el Estado de derecho en la Unión, en la que se ocupa particularmente acerca de los extremos deficitarios de la justicia de los Estados miembros.

Se trata de un documento de trabajo de los servicios de la Comisión de 2020, fechado en Bruselas el 20 de julio de 2021, que con-

tiene el “Informe sobre el Estado de derecho en 2021”, dedicando un capítulo a “la situación del Estado de derecho en España”. Dicho documento, según se anuncia en el propio encabezamiento, acompaña un más amplio documento sobre “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones”.

Por lo que aquí nos interesa, después de hacer una ‘descripción del sistema judicial español’ (incluido el Ministerio Fiscal) y de hacer unas breves consideraciones ‘estadísticas sobre el nivel de percepción de la independencia judicial en España’ (que califica de bajo), se ocupa de la renovación del Consejo General del Poder Judicial, describiendo que ‘debía haber cesado en sus funciones en el año 2018’, y manifestando su ‘preocupación por este retraso’, aunque reconoce que a esta ‘preocupación’ (que lo sitúa como una debilidad en la percepción de la posible politización del mismo) se une la de que ‘los miembros judiciales del Consejo deben ser elegidos por sus pares’, es decir, ‘por los propios jueces’, para adecuarse a los estándares europeos correspondientes a los Estados que tienen un sistema de gobierno autónomo del poder judicial y de garantía de su independencia.

El informe tiene un grado alto de información de lo que sucede en España y, en algún momento, se refiere a que “el 13 de octubre de 2020, dos grupos parlamentarios presentaron una Proposición de Ley Orgánica destinada a modificar el sistema de elección de los jueces miembros del Consejo [por parte de las Cortes Generales], de modo que se decida por mayoría absoluta, en caso de producirse una segunda votación”, aludiendo a las críticas que despertó la suspensión de su tramitación, y que ‘en mayo de 2021, se propició a la retirada de la Proposición de Ley por los grupos parlamentarios que la patrocinaron’, añadiendo significativamente que “este hecho fue acogido

con satisfacción, puesto que la Proposición de Ley habría incrementado la percepción del Consejo como una institución vulnerable a la politización”. En el mismo apartado, el informe se refiere a la posterior Ley, aprobada el 25 de marzo de 2021 por las Cortes Generales, estableciendo un nuevo régimen jurídico para el Consejo “en funciones” –concepto discutible y discutido, el de estar “en funciones”, ya que la responsabilidad de la renovación del Consejo corresponde a las Cortes, añadimos nosotros–, ley que ha sido recurrida ante el Tribunal Constitucional.

En este aspecto de las normas europeas sobre la elección de los miembros jueces de los Consejos judiciales, el informe termina diciendo que “es importante que se tengan en cuenta estas normas europeas y se consulte a todas las partes interesadas pertinentes”.

1.5. Utilización del Recurso de Incumplimiento y Normas de los Tratados de la UE aplicables

Por último, hay que constatar que todas estas declaraciones y la descripción de estándares del Estado de derecho europeo necesitan de una efectividad práctica para el caso de no ser atendidas por los Estados miembros de la Unión Europea, y a dicho fin ha resultado de utilidad suma la aplicación del recurso de incumplimiento, como veremos ahora.

Además, la exigencia de la independencia de los jueces y del órgano de gobierno del poder judicial en el ordenamiento jurídico comunitario se funda, por una parte, en unas premisas sustantivas y, por otra, se articula en unas normas procesales. Las premisas sustantivas arrancan de que “la Unión se fundamenta en los valores... de Estado de derecho y respeto a los derechos humanos” (art. 2 TUE); en que ‘los jueces nacionales son también jueces europeos’ (merced a la cuestión prejudicial) que ‘deben garantizar’ –con independencia– ‘los de-

rechos reconocidos por el ordenamiento comunitario' a los ciudadanos (art. 19. 1 y 3 TUE); y en que se reconoce el 'derecho fundamental a la tutela judicial efectiva' y 'a la independencia e imparcialidad judicial' a los ciudadanos europeos (art. 47 Carta de Derechos Fundamentales de la UE). Las herramientas procesales se recogen en los preceptos correspondientes de los Tratados sobre el recurso por incumplimiento (arts. 258 a 260 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en versión consolidada del 30 de marzo de 2010) que procedemos a examinar.

El artículo 258, correspondiente al antiguo artículo 226 del Tratado de las Comunidades Europeas, dice así:

“Si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones”.

“Si el Estado de que se trate no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea”.

Se establece aquí una intervención inicial de la Comisión como órgano administrativo principal de la Unión Europea para tratar de conseguir que el Estado miembro incumplidor enmiende su conducta voluntariamente y, en caso contrario, se faculta a la Comisión para recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Esta es, pues, una herramienta de carácter interno de la UE para poner remedio a cualquier desviación en la actuación de alguno de sus miembros, abriendo una vía política y administrativa previa al recurso judicial.

El artículo 259 (equivalente al antiguo artículo 227 del TCE) dice:

“Cualquier Estado miembro podrá recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si estimare que otro Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados”.

“Antes de que un Estado miembro interponga, contra otro Estado miembro, un recurso fundado en un supuesto incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, deberá someter el asunto a la Comisión”.

“La Comisión emitirá un dictamen motivado, una vez que los Estados interesados hayan tenido la posibilidad de formular sus observaciones por escrito y oralmente en procedimiento contradictorio”.

“Si la Comisión no hubiera emitido el dictamen en el plazo de 3 meses desde la fecha de la solicitud, la falta de dictamen no será obstáculo para poder recurrir al Tribunal”.

El Tratado de Funcionamiento, en este precepto, establece una acción directa de cualquier Estado miembro para acudir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea mediante el recurso de incumplimiento, cuando este último se haya podido producir por parte de algún Estado miembro; si bien, previamente ha de someter el asunto a la Comisión, que ha de emitir un dictamen motivado, después de oír las observaciones que puedan hacer los Estados que intervengan en el procedimiento; sin embargo, si el dictamen de la Comisión no se produce en tres meses desde la fecha de la solicitud, no impedirá el ejercicio del recurso de incumplimiento.

El artículo 260 (como el 228 TCE) establece,

“1. Si el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declarare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal”.

“2. Si la Comisión estimare que el Estado miembro afectado no ha adoptado las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal, podrá someter el asunto al Tribunal de Justicia de la Unión Europea después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones. La Comisión indicará el importe de la suma a tanto alzado o de la multa coercitiva que deba ser pagada por el Estado miembro afectado y que considere adaptado a las circunstancias”.

“Si el Tribunal declarare que el Estado miembro afectado ha incumplido su sentencia, podrá imponerle el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva”.

“Este procedimiento se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 258”.

“3. Cuando la Comisión presente un recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en virtud del artículo 258 por considerar que el Estado miembro afectado ha incumplido la obligación de afectar sobre las medidas de transposición de una Directiva adoptada a un procedimiento legislativo, podrá, si lo considera oportuno, indicar el importe de la suma a tanto alzado o de la multa coercitiva que deba ser pagada por dicho Estado y que considere adaptado a las circunstancias”.

“Si el Tribunal comprueba la existencia del incumplimiento, podrá imponer al Estado miembro afectado el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva dentro del límite del importe indicado por la Comisión. La obligación de pago surtirá efecto en la fecha fijada por el Tribunal en la sentencia”.

En este precepto, se hace visible el enorme poder de coacción económica que tiene la Unión Europea frente a los Estados miembros en el recurso de incumplimiento para obligarles a cumplir algún precepto que no lo hubiera sido, de los Tratados de la Unión como efecto de la soberanía compartida (la cual produce la cesión que formulan los Estados miembros al firmar los Tratados por los

que se rige la Unión). Es decir, la cesión de soberanía es un acto voluntario y, por tanto, de soberanía también; pero al adquirir las obligaciones que los Tratados imponen, dicha soberanía es ya compartida y permite a las instituciones de la Unión Europea, tanto político-administrativas como judiciales, imponer coactivamente el cumplimiento a los Estados miembros.

En el número 1 de este artículo 260 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se establece la obligación de cumplimiento de la sentencia del Tribunal en el caso de que esta declare que se ha producido el incumplimiento de alguna de las obligaciones impuestas por los Tratados a los Estados miembros. El Estado afectado ha de adoptar voluntariamente las medidas necesarias para la propia ejecución de la sentencia del TJUE.

El número 2 del mismo precepto autoriza a la Comisión para vigilar que el Estado miembro afectado adopte voluntariamente las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia y, en caso negativo, es la propia Comisión la que puede someter al Tribunal tal situación, si bien antes debe oír también al Estado afectado sobre dicho cumplimiento.

En esta actuación de la Comisión ante el TJUE sobre la ejecución de un fallo, esta ya determinará ‘una suma a tanto alzado’ o ‘el importe de la multa coercitiva’ que deba ser pagada por el Estado incumplidor, sin que aparezca limitación de la cuantía, ya que se dice que dichos importes han de ser el “que considere adaptado a las circunstancias”.

Finalmente, es el propio Tribunal, actuando en ejecución de su propia sentencia, el que ha de declarar si esta se ha incumplido o no, y, en el primer caso, imponer las sanciones económicas referidas, con la facultad, ya anunciada, de hacerlo sin límite establecido y actuando ejecutoriamente –añadimos nosotros–.

En el número 3 del artículo 260 que estamos analizando, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea hace previsión especial del caso en el que es la propia Comisión la que interponga el recurso de incumplimiento ante el TJUE, en virtud del ya estudiado artículo 258, de forma que la actuación de oficio de la propia Comisión siempre es posible al margen de la actuación de los Estados afectados; actuación de oficio, en este concreto precepto, referida a la ‘obligación de informar’ el Estado miembro afectado ‘sobre las medidas de transposición de una Directiva’ mediante el correspondiente procedimiento legislativo interno; incumplimientos, que también pueden ser sancionados con el importe de “una suma a tanto alzado o de la multa coercitiva” correspondiente y, de nuevo, se reitera la frase “que considere adaptado a las circunstancias”, lo que revela –nuevamente– la potestad de imponer estas sanciones económicas sin más límite que la racionalidad ponderada (proporcionalidad) que aconsejen las circunstancias y otorga un gran poder de coerción –que no es ocioso destacar–.

El artículo 269 dice así:

“El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse sobre la legalidad de un acto adoptado por el Consejo Europeo o por el Consejo en virtud del artículo 7 del Tratado de la Unión Europea (violación de principios del Estado de derecho y DDHH), solamente a petición del Estado miembro objeto de la constatación del Consejo Europeo o del Consejo y únicamente en lo que se refiere al respeto de las Disposiciones de Procedimiento establecidas en el citado artículo”.

“Esta petición deberá presentarse en el plazo de un mes a partir de la constatación. El Tribunal se pronunciará en el plazo de un mes a partir de la fecha de la petición”.

Este artículo es el que establece precisamente la competencia plena del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para pronunciarse sobre la legalidad de los actos, tanto del Consejo Europeo, como del Consejo, cuando produzcan violaciones de principios del Estado de derecho y de la protección de los Derechos Humanos por parte de algún Estado miembro, pero solamente lo puede hacer a petición del Estado miembro objeto de la constatación y, únicamente, en lo que afecte al respeto de las Normas de Procedimiento establecidas en el artículo 7 del Tratado de la Unión Europea⁵, actuando, además, en el plazo breve de un mes.

⁵ Art. 7 TUE: 1. A propuesta motivada de 1/3 de los Estados miembros, del Parlamento Europeo o de la Comisión, el Consejo, por mayoría de 4/5 de sus miembros y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2. Antes de proceder a esta constatación, el Consejo oír al Estado miembro de que se trate y por el mismo procedimiento podrá dirigirle recomendaciones. El Consejo comprobará de manera periódica si los motivos que han llevado a tal constatación siguen siendo válidos.

2. El Consejo Europeo, por unanimidad y a propuesta de 1/3 de los Estados miembros o de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá constatar la existencia de una violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2 tras invitar al Estado miembro de que se trate a que presente sus observaciones.

3. Cuando se haya efectuado la constatación contemplada en el apartado 2, el Consejo podrá decidir, por mayoría cualificada, que se suspendan determinados derechos derivados de la aplicación de los Tratados al Estado miembro de que se trate, incluidos los derechos de voto del representante del Gobierno de dicho Estado miembro en el Consejo. Al proceder a dicha suspensión, el Consejo tendrá en cuenta las posibles consecuencias de la misma para los derechos y obligaciones de las personas físicas y jurídicas. Las obligaciones del Estado miembro de que se trate derivadas de los Tratados continuarán, en cualquier caso, siendo vinculantes para dicho Estado.

4. El Consejo podrá decidir posteriormente, por mayoría cualificada, la modificación o revocación de las medidas adoptadas de conformidad con el apartado 3 como respuesta a cambios en la situación que motivó su imposición. Las modalidades de voto que, a los efectos del presente artículo, serán de aplicación para el Parlamento Europeo, el Consejo Europeo y el Consejo se establecen en el art. 354 TFUE.

En el artículo 279, el Tratado de Funcionamiento establece:

“El Tribunal de Justicia de la Unión Europea podrá ordenar las medidas provisionales necesarias en los asuntos de que esté conociendo”.

Aunque con laconismo, realmente elogiabile, se hace previsión expresa de medidas cautelares que resulten necesarias para la eficacia posterior de la sentencia que se va a dictar, en su caso, por el propio tribunal.

2. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁶

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha insistido, especialmente desde 2018, y a raíz de las reformas sobre la Judicatura y el Estatuto de los Jueces en algunos Estados miembros de la Unión Europea, sobre la exigencia de la independencia judicial (‘externa’ –impermeabilidad– e ‘interna’ –neutralidad–) de los jueces y del órgano de gobierno del poder judicial (y en la Sentencia C-83/19 *Asocia ia “Forumul Judec torilor din România” e.a.* la ha extendido a los Tribunales constitucionales). Y lo ha hecho –particularmente– mediante recursos por incumplimiento incoados por la Comisión (o por los Estados miembros incumplidores), como así ha sucedido en los casos C-619/18 de 24 de junio de 2019, PPU Comisión vs. Polonia (Edad de jubilación de los jueces); C-192/18, de 5 de noviembre de 2019, Comisión vs. Polonia (Discriminación por razón de sexo en la edad de jubilación de

⁶ Los datos que constan en este apartado sobre la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, han sido facilitados por el magistrado y letrado del Tribunal Constitucional de España, D. Ignacio Ulloa Rubio, que fue también miembro de dicho Alto Tribunal europeo.

jueces); y C-791/19 de 15 de julio de 2021, Comisión vs. Polonia (Régimen disciplinario de los jueces)⁷.

La Sentencia del TJUE C-619/18 PPU de 24 de junio de 2019, Comisión vs. Polonia, declaró contrario al principio de inamovilidad judicial y a la independencia judicial del Derecho europeo la reforma de la Ley polaca del Tribunal Supremo, de 20 de diciembre de 2017, que anticipaba la jubilación de los magistrados del Tribunal Supremo de ese país a los 65 años. Señaló que la garantía europea de inamovilidad de los jueces les protegía frente a una eventual reducción de su edad de jubilación; y que la reforma reduciendo dicha edad carecía de un fin legítimo, no resultaba adecuada, ni proporcionada. En su razonamiento jurídico 115 proclamó la importancia del “Consejo Nacional del Poder Judicial” para la adopción de las decisiones gubernativas o administrativas concernientes a los jueces; matizando, en el punto 116, respecto de su independencia: “...ello solamente es así cuando (...) dicho organismo sea independiente de los poderes legislativo y ejecutivo, y de la autoridad a la que debe remitir el dictamen, así como que este último se adopte sobre la base de criterios objetivos y pertinentes, y esté debidamente motivado, de manera que sea apropiado para orientar objetivamente a esa autoridad en su toma de decisiones”.

En otra Sentencia del TJUE, la C-192/18, de 5 de noviembre de 2019, Comisión vs. Polonia, se declaró la existencia de una discriminación por razón de sexo y un atentado a la independencia e imparcialidad judicial por parte de la Ley polaca de Tribunales

⁷ Sobre este particular puede verse el estudio de ULLOA RUBIO, Ignacio: “La primacía del Derecho de la Unión en materia de Estado de derecho: Un repaso a la jurisprudencia del TJUE sobre la independencia judicial”, en *La Ley Unión Europea*, N° 104. Junio, 2022. Wolters Kluwer (págs. 6 a 29).

Ordinarios, de 12 de julio de 2017, que establecía una edad de jubilación distinta de los jueces en función del sexo, vulnerando la Directiva 2006/54 de igualdad de oportunidades. En su razonamiento jurídico 111, recordaba que las normas relativas a la composición de los tribunales, nombramiento y cese de jueces, duración e inamovilidad del mandato, causas de abstención y recusación judicial, forman parte del contenido esencial de la independencia judicial europea.

Finalmente, la Sentencia del TJUE C-791/19 de 15 de julio de 2021, *Comisión vs. Polonia*⁸, estimó el recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión frente al nuevo régimen disciplinario de los jueces polacos (tanto del Tribunal Supremo como de los tribunales ordinarios), al considerar que la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo de Polonia no cumplía con el estándar de independencia e imparcialidad europeo (“no está a salvo de la influencia –directa o indirecta– del Legislativo o Ejecutivo”), ya que el nombramiento de los jueces del Tribunal Supremo polaco se efectuaba por el Consejo del Poder Judicial polaco (cuya falta de independencia ya había sido previamente decretada en STJUE C-824/18). Resulta interesante leer en el fundamento jurídico 51 de esta sentencia que “los Estados miembros están obligados a garantizar que, a la luz de ese valor del Estado de derecho, se impida cualquier regresión de sus leyes sobre la organización de la Justicia, absteniéndose de adoptar normas que socaven la independencia de los jueces”. Y que se concluya en los razonamientos jurídicos 103 a 108: “la Ley del Consejo Nacional del Poder Judicial [CNPJ] ha sido recientemente modificada, de modo que... dichos cambios

⁸ Esta es una sentencia complementaria de la STJUE C-585/18 *AK vs. Consejo Nacional del Poder Judicial de Polonia*, de 19 de noviembre de 2019 (derivada de una cuestión prejudicial del art. 267 TFUE).

pueden crear un riesgo,... en el procedimiento de selección anteriormente vigente, de que el poder legislativo y el ejecutivo tengan una mayor influencia sobre el CNPJ, y de que se socave la independencia de dicho organismo”; y que “los factores destacados en los apartados 104 a 107... suscitan dudas legítimas sobre la independencia del CNPJ y su papel en un proceso de designación, como el que dio lugar al nombramiento de los miembros de la Sala Disciplinaria [del Tribunal Supremo]”.

3. Observaciones sobre la situación en España

Llegados a este punto, cuanto llevamos dicho en relación con el Estado de derecho y la independencia judicial en la Unión Europea nos conduce a formular algunas observaciones sobre la situación en España, partiendo de la reciente actualidad, tratando de analizar los últimos acontecimientos, a fin de sacar alguna conclusión sobre los referidos extremos, aunque para hacerlo hayamos de reiterar algunas de las cosas que ya hemos dicho.

En primer lugar, hay que recordar que cuando se produjo la transición política a la democracia en los últimos años de la década de los 70 del pasado siglo, la Judicatura española –para sorpresa de algunos– gozaba de suficiente respeto, basado en su independencia e imparcialidad; y por eso, no obstante venir de un régimen autoritario (“Estado de Leyes” lo llamó Enrique Múgica), los políticos confiaron a los jueces el control de los procesos electorales desde el principio, creando unas Juntas Electorales, totalmente dirigidas por jueces (desde las locales, de zona y territoriales, pasando por las provinciales dirigidas por los presidentes de las audiencias respectivas, hasta llegar a la Junta Electoral Central que presidía el presidente del Tribunal Supremo). Y la mejor prueba, no solo del acierto de esa medida, sino de su eficacia, es la confianza que se transmitió a los ciu-

dadanos, como lo demuestra que ni en los referéndums ni en las sucesivas elecciones que nos llevaron a la Constitución de 1978, ni en los posteriores comicios de su aplicación, hubo ninguna sombra sobre la legitimidad y fidelidad de los escrutinios.

Desgraciadamente, se produjeron hechos después que –aunque posiblemente de manera injusta– han ido minando esa confianza inicial de los españoles en sus jueces. El origen de esa desviación no fue causado por la instauración del Consejo General del Poder Judicial, establecido en la Constitución como órgano de garantía de la independencia judicial y administrador del gobierno autónomo de los jueces. En efecto, incluso cabe decir que se reforzaron algunas de las confianzas iniciales cuando se dictó la Ley creadora de dicho CGPJ (1980), que quedó constituido con 12 jueces elegidos por sus pares (de forma que se cumplía anticipadamente el estándar posteriormente establecido en Europa, de que ‘la mayoría del Consejo Judicial la formaran jueces elegidos por los propios jueces’) y además se le confiaron amplias competencias, que incluían desde las normativas y reglamentarias hasta el control y la disciplina de todos los funcionarios que trabajan en los órganos jurisdiccionales (lo que confirió al Consejo unas facultades que, lamentablemente, perdió después).

Cabe preguntarse ahora cuál fue el comienzo de la desviación, al menos en la percepción popular, que aparece reflejada en los informes de la Comisión de Venecia. A esta pregunta no cabe negar la respuesta de que fue el “sistema de elección parlamentaria” de todos los miembros del Consejo Judicial español establecida en la LOPJ de 1985, el origen de esa mala percepción.

Acabamos de decir “elección parlamentaria”, pero debemos matizar que tampoco se ha llegado a hacer –en ningún caso– una elección en el Congreso y el Senado, cuyos plenos –como ya hemos dicho– se han limitado, en todas las ocasiones, a seguir “mansa-

mente” lo indicado desde afuera por los políticos, votando para ser propuestos al Rey a los vocales jueces y no jueces orquestados por la conjunción de los comités ejecutivos de los dos más importantes partidos políticos españoles. Esto ha acentuado aún más la desviación creada con la sorpresiva “enmienda Bandrés”, formulada “in voce”, que alteró tan sustancialmente el sistema de selección de los miembros del órgano de gobierno de la Judicatura. Y ese origen politizado partidistamente de los vocales del Consejo se transmite, inexorablemente, a los nombramientos posteriores que el propio Consejo hace de los cargos judiciales y, lo que es peor, al señalamiento de éstos como inclinados a un lado u otro del espectro político.

Ya desde el principio de este trabajo advertimos que, aunque inicialmente fue la Asociación Profesional de la Magistratura la sola defensora del regreso al sistema inicial de elección democrática por los jueces de los vocales de dicha condición, el fracaso del sistema de elección ‘parlamentaria’ ha ido sumando apoyos en favor del sistema ‘auto-democrático’, hasta quedar solamente alguna reticencia vergonzante. También advertimos desde el momento inicial que la única solución era volver al sistema de 1980, y que esa decisión era la prioritaria para restaurar plenamente la confianza popular que es imprescindible (porque en materia de Justicia –y no puede dejar de reiterarse– ‘la imagen es casi igual que la realidad’, y si aquella se distorsiona, ¡puede producir el mismo efecto, aunque no responda a la realidad!).

Los vaivenes sufridos por las sucesivas reformas de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que aparecen reflejadas en otro lugar de este trabajo, no han hecho más que empeorar la situación y, en este momento, es urgente promover la reforma de conformidad con los estándares europeos del Estado de derecho y la independencia judicial (especialmente para aquellos sistemas, como el nuestro, con

Constitución escrita y Consejo Judicial en ella establecido) si no se quiere causar daños difícilmente reparables a nuestras instituciones.

Pues bien, hay que recordar ahora –de nuevo–, que por hacer Polonia recientemente prácticamente lo mismo que se hizo en España en 1985, se le ha incoado un expediente por la Unión Europea, esto es, por haber establecido la elección de todos los miembros del Consejo de la Magistratura por vía parlamentaria, por haber jubilado anticipadamente a gran parte de los jueces, especialmente del Tribunal Supremo, y por haber creado en este una Sala Disciplinaria contaminada por su nombramiento por un Consejo de la Magistratura viciado en su origen.

Ante esta situación, resulta de una flagrante incoherencia que la persona responsable en la Comisión Europea, a nivel de comisario, haya dicho recientemente que ‘es urgente la renovación del Consejo General del Poder Judicial de España, conforme al actual sistema en vigor’ e ‘inmediatamente después, proceder a su reforma’, lo que equivale a pedir que se siga aplicando, aunque sea por última vez, el procedimiento inconstitucional que crea la politización partidista de la imagen de la Justicia, para que a continuación, se reforme tan nefasto sistema (para la próxima ocasión, ¡dentro de cinco años!). Si no fuera porque el asunto es de una trascendencia vital para nuestro Estado de derecho, cabría compararla humorísticamente con la postura del médico que aconsejara continuar con el tratamiento contraproducente que se está administrando al enfermo con la esperanza de que sobrevivirá y que la medicación se modificará después.

Todo lo contrario, lo que es urgente es modificar el sistema inmediatamente, lo que podría hacerse usando de los procedimientos legislativos de urgencia, previstos en los reglamentos parlamentarios, y renovar ya a continuación el CGPJ dentro de los estándares del Estado de derecho europeo.

Los jueces y tribunales constituyen un poder vulnerable y necesitado de una especial protección no sólo a través de su configuración constitucional y legal, sino mediante una cultura política que aleje las pretensiones de influir en la decisión de aquellos que tienen la potestad y la responsabilidad de juzgar.

El concepto de independencia judicial y sus diferentes dimensiones encuentran en este volumen un tratamiento de excelencia académica y de análisis de la realidad que lo convierten en un texto de referencia, ahora especialmente necesario.

Bajo la dirección del profesor Daniel Berzosa, este trabajo colectivo reúne a un grupo plural de excepcionales juristas de primer nivel nacional, europeo e internacional, que ha reflexionado sobre distintos aspectos de uno de los problemas más acuciantes y cruciales de la realidad política de la democracia contemporánea, y que afecta, de una manera directa y decisiva, a uno de los supuestos estructurales de la Unión Europea, de los Estados que la integran y de las demás democracias del mundo.



Libro gratuito. Prohibida su venta