

# CUADERNOS DE ORGÁNICO

REVISTA JURÍDICA DE DERECHO DE ÓRGANICO  
DE LA  
ASOCIACIÓN JUDICIAL  
FRANCISCO DE VITORIA

**Director:**

**GUSTAVO ANDRÉS MARTÍN MARTÍN**

**Coordinador:**

**ESTEFANÍA LÓPEZ MUÑOZ**

**[www.ajfv.es](http://www.ajfv.es)**

ISSN: 2605-2725

**EXTRAORDINARIO  
DICIEMBRE 2018**

## **ÍNDICE DE CONTENIDOS**

### **1.- EL PODER JUDICIAL EN EL 40 ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN**

**Manuel Jaén Vallejo**

*Magistrado y Profesor Titular de Universidad en excedencia*

### **2.- LA VULNERACIÓN EN MASA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A TRAVÉS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO PROCESAL ORGÁNICO EN EL ÁMBITO DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y SUS EFECTOS EN LA NEGACIÓN DE LA CONSIDERACIÓN COMO ESTADO DE DERECHO.**

**Mercenario Villalba Lava**

*Magistrado*

# **EL PODER JUDICIAL EN EL 40 ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN**

**Manuel Jaén Vallejo**

*Magistrado y Profesor Titular de Universidad en excedencia*

Juzgado de lo Penal nº 4 de Getafe

*A la memoria de mi buen amigo y compañero José Ricardo García Pérez,  
a quien siempre recordaremos los «vitorinos»*

**SUMARIO:** *Introducción.- I. El Consejo General del Poder Judicial como “órgano de gobierno del Poder Judicial”.- II. ¿Politización de la justicia?- III. Independencia del Poder Judicial y sistema de elección de los Vocales del Consejo General del Poder Judicial (Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 108/1986).- IV. Nombramiento de altos cargos judiciales por el Consejo General del Poder Judicial.- Conclusiones.- Bibliografía.*

**VOCES: Poder Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Consejos de Magistratura. Politización de la Justicia. Interpretación de la ley. Límites entre lo jurídico y lo político. Vinculación del juez a la ley. Sistemas de elección de Vocales del Consejo. Crisis del actual sistema. Mérito, capacidad y competencia profesional en los candidatos a altos cargos judiciales. Consejo General del Poder Judicial plural y participativo.**

## **INTRODUCCIÓN**

No cabe duda que el hecho de que la Constitución (CE), que configura nuestro país como un Estado social y democrático de derecho, proclamando como valores superiores la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, y reconociendo un amplio catálogo de derechos fundamentales, cumpla cuarenta años de vigencia, es algo por lo que

todos los ciudadanos debemos sentirnos satisfechos y que debemos celebrar.

Y para los juristas han sido cuarenta años de permanente realización y aplicación de esta norma suprema, que se ha ido plasmando en un extenso desarrollo legislativo, una extraordinaria jurisprudencia constitucional, y una abundante doctrina. En fin, ha sido una etapa muy enriquecedora, especialmente para quienes durante todos esos años hemos podido ejercer alguna profesión jurídica.

En cuanto al Título que regula el Poder Judicial, sin duda uno de los de mayor trascendencia en un Estado democrático de Derecho, la Constitución ha querido rescatar esta expresión de “Poder Judicial”, que ya figuraba en la Constitución de la primera República de 1873, y en la que incluso se declaraba expresamente que “el Poder Judicial no emanará ni del Poder legislativo ni del Poder ejecutivo”. Y es a través de la jurisdicción, del ejercicio de la potestad jurisdiccional atribuida a jueces y magistrados (art. 117.3 CE), como el Estado asume la función de protección del Derecho<sup>1</sup>, en forma totalmente independiente de la Administración o de cualquier otro Poder distinto del Judicial<sup>2</sup>.

La mayor garantía del Estado democrático de Derecho es contar con un Poder Judicial fuerte, independiente, imparcial y eficaz, y precisamente el encargado de velar por todo ello es el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ)<sup>3</sup>, que ha de salvaguardar la carrera judicial de presiones procedentes del Ejecutivo<sup>4</sup>, de ahí la importancia de este órgano constitucional, previsto en el art. 122 CE, siguiendo los modelos de países como Francia, Portugal e Italia.

Hasta la entrada en vigor de la Constitución, recuérdese, el Poder Judicial aparecía regulado en normas dispersas, principalmente en una

---

<sup>1</sup> Jellinek, Geor, *Teoría General del Estado*, traducción de Fernando de los Ríos, Madrid, 1914, pp. 535 y 536.

<sup>2</sup> González-Deleito, Nicolás, “El Poder Judicial después de la Constitución”, Boletín del I. Colegio de Abogados de Madrid, X Aniversario de la Constitución, núm. 6/1988, p. 87.

<sup>3</sup> Cfr. Jaén Vallejo, M., “Poder judicial e independencia de jueces y magistrados”, *El Derecho*, 20 de septiembre de 2012.

<sup>4</sup> Cfr., en este sentido, Fernández-Miranda Campoamor, Carmen, “El Consejo General del Poder Judicial: de la Ley Orgánica 1/1980, de 10 de enero, a la Ley Orgánica 6/1985, de 29 de julio”, *Revista de Derecho Político*, núm. 38/1994, p. 91.

ley provisional sobre organización del Poder Judicial de 14 de octubre de 1870.

Aunque el desarrollo normativo de las previsiones constitucionales debía producirse a través de una Ley Orgánica del Poder Judicial, que es la que se menciona en el art. 122 CE, lo cierto que se dictó primero la Ley Orgánica 1/1980, de 10 de enero, del Consejo General del Poder Judicial, por la necesidad de poner en funcionamiento el Tribunal Constitucional, puesto que dos de sus miembros debían ser propuestos por el CGPJ, de acuerdo con la Constitución (art. 159.1), ley orgánica en la que se contemplaba que los vocales del Consejo de procedencia judicial fueran elegidos por todos los jueces y magistrados que se encontraran en servicio activo. Con posterioridad, se aprobaría la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), donde se reguló de forma definitiva el Consejo, derogándose la Ley Orgánica de 1980, y cambiándose la forma de elección de los vocales de procedencia judicial, sistema que fue reformado en 2001. Ley Orgánica de 1985 que es la que está hoy vigente, aunque con multitud de reformas.

## **I. EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL COMO “ÓRGANO DE GOBIERNO DEL PODER JUDICIAL”**

Sin duda, el título preliminar de la Ley Orgánica del Poder Judicial tiene una importancia extraordinaria, porque marca las grandes líneas y principios, como es el caso de la independencia del Poder Judicial, probablemente la mayor garantía del Estado democrático de derecho, siendo precisamente el Consejo General del Poder Judicial, que se crea en la Ley Orgánica, el encargado de velar por esa independencia, y al que se encomienda el “gobierno del poder judicial”.

Esta última expresión, en verdad, no es muy afortunada, porque está claro que los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial estamos sometidos únicamente al imperio de la ley, y en el ejercicio de la

potestad jurisdiccional somos independientes e inamovibles. La garantía del Estado democrático de derecho así lo exige.

La propia exposición de motivos de la Ley Orgánica del Poder Judicial es cristalina en este sentido cuando dice que “la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional se extiende frente a todos, incluso frente a los propios órganos jurisdiccionales, lo que implica la imposibilidad de que ni los propios Jueces o Tribunales corrijan, a no ser con ocasión del recurso que legalmente proceda, la actuación de sus inferiores, quedando igualmente excluida la posibilidad de circulares o instrucciones con carácter general y relativas a la aplicación o interpretación de la ley”.

Por tanto, el Poder Judicial no es gobernable, al menos si se entiende por gobierno la posibilidad de establecer sobre él una autoridad que guíe nuestros actos basándose en consignas programáticas políticas; y no se olvide, también el Ministerio fiscal forma parte del Poder Judicial, que no lo puede manejar a su antojo el ejecutivo, del que es autónomo, por más que la designación del Fiscal General del Estado coincida con la de cada gobierno.

Un sistema de “gobierno” del Poder Judicial mediante directivas del ejecutivo, dirigido a ciertas metas políticas, sería palmariamente incompatible no sólo con nuestra Constitución, sino también con cualquier sistema constitucional europeo moderno. Tal sistema sólo sería posible en el contexto de una ideología antidemocrática, como ocurrió en el caso de la República democrática de Alemania (DDR) antes de la unificación de Alemania en 1989.

Sin duda, la utilización de esa palabra (“gobierno”) viene de la tradición de nuestras leyes anteriores, como es el caso de la ley provisional de 1870, que hablaba de “gobierno” para referirse a las atribuciones de los jueces que no implicaban juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, esto es, gobierno y régimen de los tribunales, salas de gobierno de las Audiencias y del Tribunal Supremo. Es decir, en ningún caso se hacía referencia a un supuesto gobierno de la actividad jurisdiccional de

los jueces, sino a las funciones de naturaleza administrativa y de orden, incluso de carácter disciplinario.

En fin, cuando hoy la Constitución habla de “gobierno” se está refiriendo a aquellas competencias organizativas de logística del servicio, disciplinarias, ingresos, ascensos, traslados y designaciones de la carrera judicial y del personal.

Es decir, al Consejo General del Poder Judicial le corresponde administrar y ordenar adecuadamente el servicio prestado por los jueces, y aunque no tiene autonomía presupuestaria para crear plazas o dotar de infraestructura a las sedes judiciales, algo que depende en exclusividad del Gobierno, a través de su Ministerio de Justicia, y de las Comunidades Autónomas con competencias en materia de Justicia, deberá trasladar a estos órganos competentes cuantas necesidades se precisen para que el servicio que prestamos a los ciudadanos se pueda realizar en las mejores condiciones posibles. Asimismo, un instrumento de especial importancia para hacer llegar a la sociedad el panorama de la justicia y sus necesidades es el de la Memoria que anualmente ha de presentar el CGPJ ante las Cortes. Y, por supuesto los criterios emitidos en sus informes sobre anteproyectos de ley y disposiciones generales deberían ser atendidos especialmente por el Ejecutivo, a la hora elaborar la política judicial.

Con la creación del Consejo, como anteriormente se hiciera en otros países, como Francia, Italia y Portugal, con sus Consejos de Magistratura, se trató de privar al Gobierno de la nación de esas funciones, evitando que pudiera éste influir sobre los tribunales, favoreciendo a algunos jueces por medio de nombramientos y ascensos, u ocasionando en los mismos ciertos perjuicios a través de inspecciones y sanciones; en fin, intentando garantizar la independencia institucional del Poder Judicial respecto del Ejecutivo.

En definitiva, al otorgar el Estado al estamento judicial participación en la administración del Poder Judicial, se intenta evitar tales influencias del ejecutivo sobre el judicial, así como la politización de la justicia, aunque la experiencia, no sólo en nuestro país sino también

en otros países que siguen un modelo parecido, ha puesto de manifiesto que el problema sigue produciéndose. Es una realidad que hay magistrados, de todas las tendencias, destacando en este sentido quienes integramos la Asociación Judicial Francisco de Vitoria (AJFV), que consideran que hoy hay que reforzar la independencia de la magistratura en relación al Gobierno y, a la inversa, políticos, como se ha visto en los numerosos casos de corrupción residenciados en sede judicial, que consideran que los jueces se equivocan al perseguirlos, inmiscuyéndose en el ejercicio del poder ejecutivo. Pero de ahí a afirmar que el Consejo está manejado por los partidos y, sobre todo, que éstos y el Gobierno manejan el Poder Judicial hay mucha distancia. Al Poder Judicial sólo lo gobiernan las leyes, y el Consejo no es el Poder Judicial, sino algo instrumental o accesorio respecto al mismo<sup>5</sup>.

## **II. ¿POLITIZACIÓN DE LA JUSTICIA?**

Ante todo, se suele utilizar esta expresión respecto de las designaciones judiciales, cuestión a la que luego me referiré.

Me interesa ahora referirme a otra cuestión, la que tiene que ver con las resoluciones judiciales. Es decir, la expresión de “politización” de la justicia suele utilizarse también para criticar ciertas resoluciones judiciales, con el fin de atacarlas y deslegitimarlas, sin entrar a examinar sus fundamentos jurídicos. Y, por lo general, lo que se percibe frecuentemente es un diálogo en el que los participantes hablan idiomas diferentes: el de los juristas, por un lado, que no pueden sino hablar el lenguaje de la ley, así como de los distintos elementos del aparato conceptual que permite su correcta aplicación; y, por otro, sus ocasionales interlocutores, por lo general los medios de comunicación, que suelen expresarse según la conveniencia político social de la decisión,

---

<sup>5</sup> Cfr., en este sentido, Mosquera, Luis, “La posición del Poder Judicial en la Constitución española de 1978”, en la obra colectiva *La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático dirigido por los Profesores Alberto Predieri y E. García de Enterría*, Madrid, 1980, p. 766.



algo que, por supuesto, debe quedar extramuros de las decisiones que debemos adoptar los jueces.

Sin embargo, sólo es posible hablar de “justicia politizada” cuando en ella, a través de las resoluciones judiciales, se refleja realmente una clara tendencia a crear derecho o apartarse de ciertos precedentes, lo que nos lleva al problema de la interpretación de la ley.

Cuando los textos legales a aplicar son claros no hay problema alguno, y si el juez se aparta de ellos podría incurrir en una prevaricación<sup>6</sup>. El problema se presenta cuando se trata de aplicar textos ambiguos, y por lo general los textos escritos siempre adolecen de cierta ambigüedad, que requieren de la interpretación para su adecuada aplicación. Es la vieja polémica sobre si el juez debe ser un simple vocero de la ley, limitándose a ser “la bouche qui prononce les paroles de la loi”, como lo había defendido Montesquieu en su obra clásica *De l'Esprit des Lois* (1748), o debe aceptarse que el juez pueda interpretar la ley al aplicarla, surgiendo entonces la preocupación por el hecho de que los jueces puedan llegar a invadir la esfera del legislativo, con decisiones propias, no comprendidas por el texto legal aplicable, hasta el punto de existir en la historia del derecho de los siglos XVIII y XIX prohibiciones de interpretar las leyes. Es el caso, por ejemplo, de la Constitución de Cádiz de 1812, en la que seguía pesando el pensamiento de Beccaria, que en su obra *Dei delitti e delle pene* (1764) denunciaba que “nada es más peligroso que el axioma común que indica que es necesario consultar el espíritu de la ley”, de ahí que al juez le estuviera prohibido interpretar, siendo un simple vocero de la ley, sin duda por la desconfianza, motivada por sus abusos, que existía hacia los jueces de la vieja época del *Ancien Régime*.

No es de extrañar, pues, que en la Constitución doceañista se distinguiera entre la aplicación de las leyes y la interpretación de las mismas, permitiendo sólo al Tribunal Supremo, en los casos de dudas

---

<sup>6</sup> V. Jaén Vallejo, M., “La ilicitud del delito de prevaricación judicial”, Cuadernos de Política Criminal, núm. 78/2002, pp. 655 y ss.

sobre el alcance de la ley, consultar al Rey sobre ellas, para que se pudiera promover la oportuna declaración en las Cortes.

Naturalmente, la evolución del Derecho fue poniendo de manifiesto que la prohibición de interpretar no era sino expresión de la ingenuidad legislativa<sup>7</sup>, consistente en creer que la interpretación sólo era necesaria muy excepcionalmente, algo que la ciencia jurídica europea ha ido demostrando lo contrario, es decir, que sólo a través de un buen aparato conceptual, con sus métodos de interpretación, conceptos y categorías dogmáticas, es posible aplicar la ley, garantizando así la división de poderes en la aplicación del derecho, por más que existan múltiples interrelaciones entre los tres poderes, y que los jueces sólo puedan juzgar y hacer ejecutar lo juzgado según la ley aprobada por el órgano legislativo. Se garantiza así también la igualdad, al proporcionar aquel aparato conceptual, con sus teorías jurídicas, una base de aplicación de la ley generalizable a todos los casos<sup>8</sup>.

Es evidente, pues, que no se puede legislar cuando se aplica el derecho, aunque los límites entre lo jurídico, esto es, la aplicación del derecho, y lo político, esto es, la creación del derecho, o, si se prefiere, el significado de la vinculación del juez a la ley, no es de fácil determinación, como ya lo puso de relieve la vieja disputa entre Kelsen y Carl Schmitt<sup>9</sup>. Aunque lo que no ofrece ninguna duda es que los jueces no pueden libremente rellenar las lagunas del sistema normativo ni dar un contenido a los conceptos indeterminados, pero sí, naturalmente, optar por una de las varias posibilidades interpretativas de la norma aplicable en el caso concreto.

Probablemente Kelsen y Carl Schmitt no tenían en cuenta otros métodos interpretativos de la ley distintos del gramatical (significado de las palabras) y el histórico (finalidad documentada del legislador), pero el

---

<sup>7</sup> Cfr., ampliamente, Bacigalupo, E., “La realización del principio de legalidad y la igualdad ante la ley”, en su obra *Teoría y Práctica del Derecho Penal*, tomo I, Madrid, 2009, pp. 393 y ss.

<sup>8</sup> Cfr., en este sentido, Bacigalupo, E., “Empirismo y teorías jurídicas (la utilización de las teorías jurídicas en la práctica judicial)”, *Revista Jurídica de Estudiantes*, Universidad Autónoma de Madrid, núm. 1/1999, p. 39.

<sup>9</sup> Cfr. al respecto, Bacigalupo, E., “La vinculación del juez a la ley penal”, en *Justicia Penal y Derechos fundamentales*, Madrid, 2000, pp. 31 y ss.

estudio de la hermenéutica ha demostrado que las valoraciones forman parte de la interpretación y de la aplicación del derecho. Hoy el método teleológico es especialmente significativo en la interpretación de las leyes, aunque no permite legitimar cualquier finalidad de la norma que el intérprete desee introducir, porque, en primer lugar, el texto legal siempre constituye un límite de toda interpretación y, en segundo lugar, porque la finalidad de la norma se debe deducir del propio texto de la norma. Es decir, no se trata de reemplazar la norma por una finalidad que el intérprete personalmente considere justa, sino de interpretar la norma de tal manera que su finalidad no resulte frustrada; la decisión sobre la norma general es siempre del legislador, no puede ser función del juez. El juez no puede hacer nunca de legislador, y éste, lo mismo que el ejecutivo, ha de respetar la labor de aquél, porque el Estado democrático de Derecho así lo exige.

En conclusión, en la medida en que los jueces deduzcan sus conclusiones a partir del texto legal mediante los métodos interpretativos aceptados y con sujeción a sus propios precedentes, no es posible afirmar que sus decisiones estén políticamente motivadas. De todos modos, la obligación de sujeción al precedente es un límite que surge de la garantía de igualdad, que no es absoluto, pues no impide a los tribunales modificar el criterio de sus decisiones anteriores, sino que excluye que la modificación sea oportunista; el juez puede apartarse de los precedentes, pero siempre en forma motivada<sup>10</sup>.

### **III. INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL Y SISTEMA DE ELECCIÓN DE LOS VOCALES DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (SENTENCIA DEL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 108/1986)**

Soy consciente que desde las asociaciones judiciales se ha venido expresando el deseo de que los vocales de procedencia judicial sean

---

<sup>10</sup> Jaén Vallejo, M., “El principio de igualdad en la aplicación de la ley”, *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, nº 3/1986.

directamente elegidos por los jueces. Pero no se puede negar la plena legitimación democrática del actual sistema, perfectamente coherente con el principio democrático de elección según ciertas mayorías, pues el órgano legislativo, a diferencia de los otros órganos a través de los cuales el Estado actúa, tiene la legitimación directa por la elección de sus miembros por el pueblo, luego por la voluntad popular.

¿Sería mejor que el sistema actual que los integrantes del Consejo General del Poder Judicial de procedencia judicial fueran designados por los propios jueces?

Ante todo, quiero dejar claro que tanto uno como otro sistema son perfectamente defendibles.

La cuestión fue tratada en la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 108/1986, que desestimó el recurso de inconstitucionalidad planteado (por diputados de Alianza Popular) contra la Ley Orgánica del Poder Judicial, y en la que se insistía en la independencia del Poder Judicial como pieza esencial del Estado de Derecho, en el hecho de que la Constitución, a diferencia de los otros poderes del Estado, hable expresamente de “Poder”, y en que la independencia se predica de todos y cada uno de los jueces en cuanto ejercen la función jurisdiccional.

Pero esta Sentencia dejó claro que de esa independencia del Poder Judicial, y de la existencia del Consejo, no se puede derivar que la Constitución reconozca una pretendida autonomía de la judicatura y la facultad de autogobierno de los jueces, así como tampoco que el Consejo ostente la representación de los jueces (Sentencia del Tribunal Constitucional 47/1986). Lo que se consagra en la Constitución es la independencia de cada juez a la hora de impartir justicia.

La participación del estamento judicial en el ejercicio de funciones como las que tiene atribuidas el Consejo, es una decisión política del constituyente y del parlamento, por lo que, desde la perspectiva del Estado democrático de Derecho, la decisión sobre la amplitud que se otorgue a tal participación, como así se pone de relieve en el derecho comparado, es una decisión política sobre la configuración del Poder

Judicial; hay países europeos (Alemania y Austria, por ejemplo), tan democráticos como el nuestro, en los que esta institución es desconocida.

Por tanto, la atribución al Poder Judicial, representado por todos y cada uno de los jueces, de funciones diferentes a la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (acceso, promoción, inspección, traslados, etc.), e incluso la atribución de autonomía presupuestaria, que podría permitir incluso cuestionar la existencia misma de un Ministerio de Justicia en el Gobierno, no es una facultad que le corresponda por su propio derecho al Poder Judicial, sino que pertenece al legislativo, que es el único poder cuyos miembros están legitimados directamente por su elección; todos los demás órganos estatales tienen que extraer su legitimación del Legislativo y son responsables ante éste.

No se olvide que “la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado” (art. 1 de la Constitución).

Volviendo a la cuestión del sistema de elección, la referida sentencia del pleno del Tribunal Constitucional se refiere a la existencia de un consenso implícito entre los constituyentes 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 existente en aquélla, pero añadiendo que tal consenso no parece extenderse hasta la determinación del procedimiento para alcanzar tal resultado, “de forma que no se constitucionalizó una fórmula concreta, remitiéndose los constituyentes a una futura ley orgánica”.

La Sentencia reconoció que ese deseable pluralismo en el seno del Poder Judicial en la composición del Consejo General del Poder Judicial puede alcanzarse “más fácilmente atribuyendo a los propios jueces y magistrados la facultad de elegir a doce de los miembros del Consejo”, pero advirtió también sobre el riesgo de que el procedimiento electoral traspase al seno de la carrera judicial las divisiones ideológicas existentes en la sociedad, lo que podría tener lugar, por ejemplo, a través de las diferentes asociaciones, reflejo de diferentes sensibilidades ideológicas, e incluso de cierto corporativismo.

Algo parecido ocurre en los concursos oposiciones en el ámbito universitario, en los que existencia misma de diferentes escuelas, y la endogamia, representan un verdadero obstáculo para poder acceder en condiciones de igualdad a ciertas plazas.

En realidad, el único sistema que estaría libre de crítica sería aquel en el que se introdujeran en una urna, o en varias, según se tratase de jueces del Tribunal Supremo, jueces de más de veinticinco años de antigüedad, o de menos antigüedad, los nombres de todos los jueces que optaran a ser elegidos, y se extrajeran al azar los veinte vocales. Pero lo cierto es que nadie reclama que se implemente este sistema.

La Sentencia del Tribunal Constitucional rechaza también que el deseable pluralismo en la composición del Consejo sea inalcanzable a través del sistema de atribución a las Cortes de la elección de los vocales, al exigirse una mayoría cualificada de tres quintos en cada Cámara, aun con el riesgo de frustrar aquella finalidad si las Cámaras atienden sólo a la división de fuerzas existentes en su propio seno, distribuyéndose los puestos a cubrir entre los distintos partidos, en proporción a la fuerza parlamentaria de éstos. “La lógica del Estado de partidos – añadía la Sentencia – empuja a actuaciones de este género, pero esta 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 Sentencia concluyó, pues, que como el precepto de la LOPJ impugnado (art. 112.3) era susceptible de una interpretación conforme a la Constitución (asegurar que la composición del Consejo refleje el pluralismo en el seno del Poder Judicial), no procedía declarar su inconstitucionalidad.

La exégesis de la norma constitucional, pues, es clara. Independientemente del sistema concreto de elección de los doce vocales del turno judicial que se decida - por los propios jueces o por el Congreso y Senado - la composición del Consejo en cuanto a dichos vocales debe ser plural, reflejando los diferentes niveles de experiencia, bien por la función desempeñada, bien por la edad, así como las distintas corrientes de pensamiento existentes en la carrera judicial.

Y no cabe duda que con esto último se está haciendo referencia a las asociaciones profesionales, que representan un cauce idóneo para hacer llegar a la sociedad y a los poderes públicos las diferentes posturas del colectivo de jueces sobre determinadas políticas judiciales, el papel que la administración de justicia debe desempeñar en la sociedad o sobre determinadas concepciones del derecho, porque los jueces y magistrados, como los demás ciudadanos que viven en una sociedad plural, con distintas concepciones ético-sociales y criterios morales, tenemos nuestras inquietudes filosóficas, sociales y culturales, que podemos expresar, bien individualmente, bien a través de esas asociaciones.

¿Qué es lo que ha venido ocurriendo hasta la actualidad?

¿Se ha dado cumplimiento a la interpretación conforme a la Constitución que mencionaba la referida Sentencia del pleno del Tribunal Constitucional?

¿Se ha respetado esa pluralidad exigida por la Sentencia del Tribunal Constitucional?

En líneas generales hay que reconocer que el riesgo de frustrar la deseada pluralidad en la composición del Consejo advertido por la Sentencia se ha hecho realidad a lo largo de estos años, pues lo cierto es que se ha atendido más a la división de fuerzas existentes en las Cámaras legislativas, distribuyéndose los puestos a cubrir entre los distintos partidos, en proporción a la fuerza parlamentaria de éstos, sirviéndose además los dos principales partidos de las dos asociaciones profesionales que están más en su órbita, y que se han proyectado tradicionalmente como un mero trasunto de las pretensiones sostenidas por aquellos partidos en el seno del propio Consejo. Prueba de ello es que una de las Asociaciones judiciales más importantes, al no ser correa transmisora de partido alguno, apenas ha tenido representación en el Consejo, igual que ocurre con otras Asociaciones, que tampoco han tenido voz en el Consejo.

Puede afirmarse, pues, que el sistema ha fracasado por las razones advertidas por el propio Tribunal Constitucional.

Ahora bien, ello no quiere decir que el otro sistema vaya a ser mejor necesariamente, pues aunque la Sentencia del Tribunal Constitucional

se mostró más favorable a la elección por los propios jueces, también advirtió del riesgo de que el procedimiento electoral traspasase al seno de la carrera judicial las divisiones ideológicas existentes en la sociedad, lo que podría tener lugar, por ejemplo, a través de las diferentes asociaciones, reflejo de diferentes sensibilidades ideológicas. El peligro, pues, de politización, podría seguir estando presente. De todos modos, los recientes acontecimientos en la última renovación, con la crisis que supone el actual sistema, aconsejan volver al sistema de elección por los propios jueces.

Naturalmente, en cuanto al presidente del CGPJ, reitero lo que ya manifesté en la preceptiva memoria explicativa de las líneas de actuación, presentada con ocasión de mi candidatura a vocal, conforme a lo previsto al efecto en el art. 575.2 LOPJ, en cuyo punto cuatro insistía en que la despolitización del Consejo, “a fin de que pueda cumplir su importante función garantizadora de la independencia judicial, debe ser algo indiscutible, y esta ha de ser necesariamente otra línea de actuación del nuevo CGPJ. Un primer paso en esa dirección sería que el nombramiento del presidente del CGPJ y del TS fuera elegido por su Pleno, por sus 20 miembros, sin interferencias de los otros poderes del Estado”.

#### **IV. NOMBRAMIENTO DE ALTOS CARGOS JUDICIALES POR EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

Es frecuente que se asocie la crítica de “politización” de la justicia a las designaciones judiciales por el Consejo General del Poder Judicial, principalmente con ocasión del nombramiento de los Magistrados del Tribunal Supremo y presidentes de los Tribunales superiores de justicia y Audiencias Provinciales, que ciertamente suelen responder a acuerdos políticos de los sectores representados en el Consejo (“conservadores” y



“progresistas”)<sup>11</sup>, pero la verdad es que la cuestión no es distinta de la que representa el principio democrático, esto es, de elección según determinadas mayorías, por lo que ninguna objeción cabe hacer al respecto, siempre que se respeten los criterios de mérito, capacidad y competencia profesional de los candidatos, con la mayor transparencia de los procesos de selección, y con elaboración y aplicación de un baremo que permita la mayor objetividad posible en la selección.

Es dudoso que el hecho de que esos altos cargos judiciales fueran nombrados por un Consejo elegido, no por las Cortes, sino por los propios jueces, como estaba previsto en la Ley Orgánica de 1980, eliminara las críticas, pues de algún modo seguirían estando representados aquellos sectores y otras posibles expresiones ideológica en el Consejo. En cualquier caso, los resultados no parece que fueran a ser peores que los del actual sistema, por lo que es una opción, como se dijo, que habría que valorar seriamente en el futuro sobre su implementación, dado el fracaso del actual sistema.

Ahora bien, muchos de esos altos cargos, en especial los que tienen funciones gubernativas, sí podrían ser elegidos por los propios jueces, disminuyéndose así la tensión que soporta el Consejo a la hora de decidir sobre tales nombramientos. Es lo que ocurre, por ejemplo, en Portugal, en donde aquéllos se someten periódicamente al control de los compañeros que les eligieron mediante su renovación o no. Y es lo que ocurre actualmente en España con la figura del Juez Decano.

La elección directa por los propios jueces podría tener lugar en el caso de los presidentes de los futuros tribunales de instancia, de sus salas, y de los presidentes de todos los tribunales, que fueran elegidos por sus pares por períodos de cuatro años, quedando limitado el nombramiento discrecional en el caso de los magistrados del Tribunal Supremo, presidente de la Audiencia Nacional y Tribunal Superior de

---

<sup>11</sup> Un encasillamiento, ciertamente, muy simple. Como decía Ortega y Gasset, en *La rebelión de las masas*, prólogo para franceses, “ser de la izquierda es, como ser de la derecha, una de las infinitas maneras que el hombre puede elegir para ser un imbécil, ambas son, en efecto, formas de hemiplejia moral”.

Justicia, aunque en este último caso el legislador podría permitir la elección por parte de los jueces del respectivo territorio.

## **CONCLUSIONES**

1. Creo que la afirmación de que hay que despolitizar la Justicia en España, como por ejemplo lo ha afirmado el Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa (GRECO), es injustificada, pues la Justicia no está politizada ni mucho menos en nuestro país, al menos en el ejercicio de la función jurisdiccional por los jueces y magistrados integrantes de la carrera judicial y, por tanto, del Poder Judicial. Probablemente, en el fondo de esa crítica exista cierta confusión entre lo accesorio, esto es, el Consejo General del Poder Judicial, y lo principal, esto es, el Poder Judicial.

2. En cuanto a la elección de vocales, independientemente del sistema que se decida para la composición del CGPJ, aunque es evidente el fracaso del actual sistema, lo importante es que este órgano constitucional sea plural y participativo, reflejo, no tanto de las fuerzas políticas del Congreso y Senado, como de la pluralidad de corrientes de pensamiento existentes en la carrera judicial, y que los doce vocales procedentes de la carrera judicial, en palabras de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 108/1986, expresen “no sólo diferentes niveles de experiencia por su función y su edad, sino las distintas corrientes de pensamiento existentes en aquélla”, en cierto modo coincidentes con las que pueda haber en el órgano legislativo.

3. En cuanto a los cargos judiciales, sería deseable que desaparecieran los lazos de conexión del órgano de gobierno de jueces y magistrados con ciertas fuerzas políticas, que desde hace tiempo se vienen denunciando, plasmados con frecuencia en los nombramientos de aquellos altos cargos. Es absolutamente necesario que los procesos de selección se objetiven lo más posible, con la mayor transparencia,

asegurando que se respeten los criterios de mérito, capacidad y competencia profesional de los candidatos, únicos que deberían estar a la base de tales decisiones, siendo deseable que los cargos judiciales con funciones gubernativas fueran elegidos por los propios jueces.

## **BIBLIOGRAFÍA**

BACIGALUPO, ENRIQUE, “Empirismo y teorías jurídicas (la utilización de las teorías jurídicas en la práctica judicial)”, *Revista Jurídica de Estudiantes*, Universidad Autónoma de Madrid, núm. 1/1999.

- “La vinculación del juez a la ley penal”, en *Justicia Penal y Derechos fundamentales*, Madrid, 2000.
- “La realización del principio de legalidad y la igualdad ante la ley”, en su obra *Teoría y Práctica del Derecho Penal*, tomo I, Madrid, 2009.

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, CARMEN, “El Consejo General del Poder Judicial: de la Ley Orgánica 1/1980, de 10 de enero, a la Ley Orgánica 6/1985, de 29 de julio”, *Revista de Derecho Político*, núm. 38/1994.

GONZÁLEZ-DELEITO, NICOLÁS, “El Poder Judicial después de la Constitución”, *Boletín del I. Colegio de Abogados de Madrid*, X Aniversario de la Constitución, núm. 6/1988.

JAÉN VALLEJO, MANUEL, “El principio de igualdad en la aplicación de la ley”, *Boletín del I. Colegio de Abogados de Madrid*, nº 3/1986.

- “La ilicitud del delito de prevaricación judicial”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 78/2002, pp. 655 y ss.
- “Poder judicial e independencia de jueces y magistrados”, *El Derecho*, 20 de septiembre de 2012.

JELLINEK, GEOR, *Teoría General del Estado*, traducción de Fernando de los Ríos, Madrid, 1914.

MOSQUERA, LUIS, “La posición del Poder Judicial en la Constitución española de 1978”, en la obra colectiva *La Constitución Española de 1978*.

*Estudio sistemático dirigido por los Profesores Alberto Predieri y E. García de Enterría, Madrid, 1980.*

# **LA VULNERACIÓN EN MASA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A TRAVÉS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO PROCESAL ORGÁNICO EN EL ÁMBITO DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y SUS EFECTOS EN LA NEGACIÓN DE LA CONSIDERACIÓN COMO ESTADO DE DERECHO.**

**(A propósito de la sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de noviembre de 2018, en el caso Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal)**

**Mercenario Villalba Lava**

Doctor europeo en Derecho

*Magistrado especialista de lo Contencioso-Administrativo*  
Sala de lo Contencioso Administrativo Tribunal Superior de  
Justicia de Extremadura

**RESUMEN:** *La sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de noviembre de 2018, en el caso Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal, ratifica la previa de la Sección Cuarta de este Tribunal, y considera que se vulnera el derecho al proceso debido cuando lo decidido por el órgano de gobierno de los jueces no puede ser sometido a la plena jurisdicción de los hechos y del Derecho ante un órgano judicial, ante el que el juez sancionado debe tener la posibilidad de defenderse de las imputaciones en una audiencia pública, proponiendo las pruebas oportunas.*

*La sentencia de la Sección Cuarta, sobre la que se resuelve el recurso, razonaba ampliamente, también, sobre la necesidad de que el órgano de gobierno de los jueces debía formarse mayoritariamente por jueces elegidos por los propios jueces, de acuerdo con las recomendaciones y normativa que sobre tal cuestión se había acordado en el seno del Consejo de Europa, lo que determinaba, junto con las anteriores exigencias, la*

*vulneración de los derechos fundamentales contenidos en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.*

*La sentencia de la Gran Sala, aunque formalmente dice que no puede entrar en este último debate, al considerar que la demandante formuló la queja relativa a la falta de independencia e imparcialidad del Consejo Superior de la Magistratura portuguesa (órgano de gobierno de los jueces) de forma extemporánea, de lo razonado por el juez portugués en el voto particular concurrente y de lo expuesto por los 6 jueces en su voto particular, en parte disidente, se puede deducir, que tal exigencia de los órganos de gobierno de los jueces es insoslayable, en el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos.*

*Se razona, en el caso, que no solo se tiene en cuenta el derecho fundamental en cuestión sino que al tratarse del estatuto judicial, las consideraciones afectan al propio Estado de Derecho.*

*Si el estatuto judicial afecta a la independencia judicial y esta al Estado de Derecho, no es una cuestión allende al tema que nos ocupa, los efectos que puede tener la conformación del órgano de gobierno de los jueces en las resoluciones que dictan los jueces, que es una cuestión sobre la que también se razona en las sentencias.*

**VOCES: Consejo, poder, judicial, estatuto, jueces, independencia.**

**SUMARIO:** I) SENTENCIA DE LA SECCIÓN CUARTA EN EL CASO NUNES DE CARVALHO E SÁ C. PORTUGAL DE 21-6-2016: 1) LOS HECHOS Y SUS CIRCUNSTANCIAS. 2) LA ADMISIÓN DEL RECURSO Y LAS QUEJAS DE LA DEMANDANTE. 3) LOS RAZONAMIENTOS JURÍDICOS SOBRE EL FONDO: A) SOBRE LA INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DE LOS ÓRGANOS INTERVINIENTE: -LOS DOCUMENTOS INTERNACIONALES QUE LA SECCIÓN CONSIDERA PERTINENTES PARA LA RESOLUCIÓN DEL CASO REFERIDOS A LA INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DEL ÓRGANO DE GOBIERNO DE LOS JUECES. B) SOBRE EL CONTROL EJERCIDO POR EL SUPREMO

TRIBUNAL DE JUSTICIA Y LA NECESARIA AUDIENCIA PÚBLICA SOLICITADA.C) EXAMEN DEL CASO TATO MARINHO DOS SANTOS COSTA ALVES DOS SANTOS ET FIGUEIREDO c. PORTUGAL. II) LA ORGANIZACIÓN JUDICIAL PORTUGUESA: 1) RASGOS GENERALES. 2) LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO: CONSEJO SUPERIOR DE LA MAGISTRATURA Y DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS Y FISCALES. 3) LOS PRESIDENTES DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS. 4) EL INGRESO EN LA CATEGORÍA DE MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPREMO. III) SENTENCIA DE LA GRAN SALA EN EL CASO NUNES DE CARVALHO E SÁ C. PORTUGAL DE 6 -11-2018: -LOS VOTOS PARTICULARES. IV) EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL COMO ÓRGANO DE GOBIERNO DE LOS JUECES EN ESPAÑA:1) EL PROCEDIMIENTO DE ELECCIÓN DE LOS VOCALES. 2) LA ELECCIÓN DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. V) EL RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN UNA SOCIEDAD DEMORÁTICA Y EN UN ESTADO DE DERECHO: 1) LOS DERECHOS HUMANOS CONSTITUYEN EL FUNDAMENTO DEL ORDEN POLÍTICO Y LA PAZ SOCIAL. 2) LA PERSONA CONSTITUYE EL ORIGEN Y DEBE OCUPAR EL CENTRO DEL DERECHO. 3) LA EFICACIA JURÍDICA DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, LA VINCULACIÓN QUE PRODUCEN SUS TRATADOS EN EL ESTATUTO DE LOS JUECES Y LA EFICACIA VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH.

## **PREFACIO**

**Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que vamos a comentar, advierten de la vulneración o posible vulneración del derecho fundamental al proceso debido ( art. 6.1 del Convenio europeo de derechos humanos), en aquellos supuestos en que el órgano de gobierno de los jueces imponga una sanción disciplinaria a un juez, que no esté conformado mayoritariamente por jueces elegidos por los propios jueces, lo que enlazan con las propias exigencias del Estado de Derecho, dado que consideran, que lo que**

está en juego es la confianza pública en el funcionamiento e independencia del poder judicial, que en un Estado democrático garantiza la existencia misma del Estado de Derecho<sup>12</sup>.

**La sentencia dictada por la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos** en el caso Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal, que consideró que se producía la vulneración de los derechos fundamentales contenidos en el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por una serie de deficiencias relativas a la imparcialidad e independencia del Consejo Superior de la Magistratura Portuguesa ( su órgano de gobierno), falta de plena jurisdicción sobre los hechos del Tribunal Judicial ( Supremo Tribunal de Justicia) e indefensión derivada de la denegación de la audiencia pública solicitada, **fue objeto de recurso y la Gran Sala ratifica la parte dispositiva de lo previamente acordado, y aunque formalmente no entra a conocer, en su cuerpo principal, de la posible vulneración derivada de la extemporaneidad de la alegación con relación a la imparcialidad e**

---

<sup>12</sup> Señala la sentencia de la Gran Sala a que vamos a hacer mención, en el apartado 196, que observa que las decisiones del CSM (Consejo Superior de la Magistratura Portuguesa) fueron impugnadas ante la sección de litigios del Tribunal Supremo. Primero, considera que la revisión de una decisión que impone una sanción disciplinaria difiere del control de una decisión administrativa que no incluye tal aspecto punitivo. En segundo lugar, señala que el procedimiento disciplinario en cuestión se refería a un juez. Al respecto, enfatiza que incluso si no se encuentran dentro del alcance de la ley penal del Artículo 6, las sanciones disciplinarias pueden tener graves consecuencias para la vida y la carrera de los jueces. Es probable que los hechos alegados contra la demandante terminen en su despido o suspensión, es decir, en sanciones muy graves de carácter infame (véase, *mutatis mutandis*, Grande Stevens y otros v. Italia, núm. / 10 y 4 otros, § 122, 4 de marzo de 2014). De conformidad con los principios generales establecidos anteriormente y teniendo en cuenta los objetivos de la política perseguida por la legislación aplicable en este ámbito (véase el párrafo 180 anterior), el Tribunal considera que la revisión judicial ejercida debe ser apropiada para el objeto de la controversia. Es decir, en el presente caso la naturaleza disciplinaria de las decisiones administrativas en cuestión. Esta consideración es aún más válida para los procedimientos disciplinarios contra jueces, quienes deben gozar del respeto necesario para el desempeño de sus funciones. Cuando un Estado miembro inicia tales procedimientos disciplinarios, lo que está en juego es la confianza pública en el funcionamiento y la independencia del poder judicial, que en un Estado democrático garantiza la existencia misma del Estado de Derecho. Además, el Tribunal destacó la creciente importancia de la separación de poderes y la necesidad de preservar la independencia del poder judicial (Prager y Oberschlick v. Austria, 26 de abril de 1995, § 34, Serie A no 313, Kudachkina v. Rusia, No. 29492/05, § 86, 26 de febrero de 2009, y el mencionado Stafford, § 78, Kleyn, § 193, y Baka, §165).



**independencia del Consejo Superior de la Magistratura portuguesa, sí podemos considerar que se ratifican los pronunciamientos abstractos previos de la Sección, según se puede deducir del voto particular concurrente del magistrado Pinto de Albuquerque y de los razonamientos que en conjunto se barajan, se debe deducir, cuando menos, que no respetar tal exigencia, en un análisis conjunto con otras circunstancias, si no se acredita de otra manera la independencia del órgano de gobierno de los jueces, con relación al Legislativo y Ejecutivo, determina la vulneración del citado artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.**

El artículo 10 de nuestra Constitución Española de 1978 señala que la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y de los derechos de los demás son el fundamento del orden político y de la paz social. Las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Las sentencias que comentamos se refieren, exclusivamente, al ámbito disciplinario judicial pero dadas las consecuencias que de las mismas se extraen, por afectar al estatuto de los jueces, tiene consecuencias en la propia esencia del Estado de Derecho, en función de la necesaria independencia judicial, lo que nos obligan a pensar, que los mencionados razonamientos se deben hacer extensibles al resto de elementos que configuran el estatuto judicial, especialmente, a la propia dinámica de la carrera judicial: a los nombramientos que realiza el Consejo General del Poder Judicial en España y al propio ascenso a la categoría de magistrado del Tribunal Supremo<sup>13</sup>, mayormente porque en

---

<sup>13</sup> Tal y como ponen de manifiesto Miguel Ángel García Herrera y Alberto López Basaguren , “Constitución y Poder Judicial: la incompleta realización del Poder Judicial”, *Poder Judicial y unidad jurisdiccional en el Estado autonómico*, Cuadernos de Derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2006, pp. 192 y 193, desgraciadamente, la experiencia de nombramientos del Consejo General del Poder Judicial no ha sido edificante. En la selección se han desconocido, en múltiples

España, a diferencia de Portugal, no se verifica a través de un órgano técnico, extremo más que sospechoso de los efectos que esa falta de independencia e imparcialidad puede producir, tanto en el ámbito de los derechos humanos de los jueces ( art. 23 del CE, en relación con el art. 10 citado) como a la esencia, estructura y calificación de nuestro Estado de Derecho, ya que el ingreso y promoción de la misma, en otras escalas de la Carrera, sí que se confía a órganos técnicos.

Una cuestión que no es allende a la materia que nos ocupa, son las consecuencias que se derivarían en cualquier asunto que se resuelva por los jueces, especialmente aquellas que tenga sustancia política o despierten especial interés al partido político en el poder, dado que podría afectar a la independencia judicial y con ello al Estado de Derecho. En las sentencias de que tratamos se tiene presente para determinar la independencia del tribunal judicial, su estatuto frente al Consejo Superior de la Magistratura y los poderes que ostenta el presidente de ambos órganos, de ahí que puede también derivar que la ilegal configuración del órgano de gobierno jueces y la elección de los vocales y del presidente, si vulnera su estatuto debido según el TEDH y su debida configuración Constitucional, en términos expresos ( STC 108/1986) podrían derivar consecuencias en la independencia judicial, en el Estado de Derecho y en la validez de lo resuelto por los jueces.

### **I) SENTENCIA DE LA SECCIÓN CUARTA EN EL CASO NUNES DE CARVALHO E SÁ C. PORTUGAL DE 21-6-2016**

---

ocasiones, los criterios más elementales. No solo se desconocen los méritos objetivos sino que se incumplen las reglas jurídicas básicas de los acuerdos colegiados. En el primer sentido, el reconocimiento alcanzado sobre la base del trabajo profesional y las aportaciones doctrinales puede ser desconocido porque el Consejo General del Poder Judicial se decante a favor de quienes, con menos méritos pero con más apoyos políticos o corporativos consiguen el consenso en torno a su persona y en este mismo sentido y contra la politización de los nombramientos, téngase presente a Víctor Fairén Guillén, “Independencia constitucional y desarrollos de dependencia de los jueces españoles” en *L’indipendenza della giustizia oggi. Judicial independence, today. Liber amicorum in onore di Giovanni Longo*, Giuffrè, Milan, 1999, pp. 126 y sigts.

## **1) LOS HECHOS Y SUS CIRCUNSTANCIAS**

El 21 de junio de 2016, la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó sentencia en los procedimientos 55391, 57728 y 74041/2013 en que se estimaba vulnerado el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que se denunciaba, en los recursos interpuestos por Paula Cristina Nunes de Carvalho e Sá, en los tres procedimientos disciplinarios por los que le había sancionado el Consejo Superior de la Magistratura.

La primera sanción de 20 días de privación de haberes se le impuso por haber llamado mentiroso, a un inspector judicial, encargado de valorar su trabajo en una llamada telefónica, y acusarle, en otro momento, de inercia y falta de diligencia, por lo que se consideró que infringía su deber de corrección, sanción que se le impuso en una reunión del Consejo Superior de la Magistratura (CSM) a la que asistieron 15 miembros, de los que solo 6 eran jueces. La segunda falta disciplinaria de 100 días de privación de haberes se le impuso por vulneración del deber de lealtad por utilización de un falso testimonio en el anterior procedimiento y fue impuesta en una reunión del Consejo Superior de la Magistratura a la que asistieron 12 miembros, de los que 7 eran jueces; y en el tercero se había sancionado a la recurrente a 80 días de suspensión de empleo y sueldo por vulneración de sus deberes de corrección y lealtad, por solicitar de otro inspector judicial que no se persiguiese disciplinariamente a un testigo presentado en su descargo y por la que el Consejo Superior de la Magistratura le impuso la sanción, encontrándose presentes 14 miembros de los cuales 8 eran jueces.

En todos los casos, el Tribunal Supremo confirmó las sanciones impuestas.

Ese mismo día dictó otra sentencia la Sección Cuarta del TEDH, igualmente estimatoria, en los procedimientos 9023 y 78077/13, en que las recurrentes eran igualmente dos juezas portuguesas, que habían sido sancionadas disciplinariamente por el Consejo Superior de la Magistratura, Sofia Tato Marinho dos Santos Costa Alves dos Santos y

María da Luz Figueiredo (esta última había recurrido también ante el Tribunal Constitucional alegando la inconstitucionalidad de régimen estatutario de los jueces, recurso que fue desestimado) a la sanción de 25 días de privación de haberes por falta de celo y de defensa del interés general, en el primer caso y, además, por falta de lealtad en el segundo, y en cuyos recursos se alegaba también la vulneración del art. 6 del Convenio,

Por ser la referida a Nunes de Carvalho e Sá la primera en fallarse, tener un objeto de recurso más amplio y recurrirse ante la Gran Sala, llevaremos a cabo su examen en este orden.

## **2) LA ADMISIÓN DEL RECURSO Y LAS QUEJAS DE LA DEMANDANTE**

En los apartados 53 y siguientes, la Sección se pronuncia sobre la admisibilidad de las quejas que la recurrente formuló con relación a la independencia e imparcialidad del Tribunal, la potestad que tenía para revisar los hechos sobre los que habían fundado las sanciones el Consejo Superior de la Magistratura, la denegación de la audiencia pública en la última sanción impuesta y que no se le informara, detalladamente, de los cargos que se le imputaban, alegando que no tenía el tiempo ni las facilidades necesarias para su defensa, y que la Sección Cuarta del TEDH admite con relación a la independencia e imparcialidad del Tribunal, el alcance de la revisión que sobre los hechos ostenta y la denegación de la audiencia pública.

Queremos destacar en este punto que, precisamente, en el primer apartado referido al fondo de la cuestión (64) se recogen alegaciones de la demandante referidas a que el Consejo Superior de la Magistratura no reúne los requisitos de un Tribunal independiente, tanto por su composición (el Gobierno portugués entra en la polémica sobre su composición (67)) como por la doble función que desempeña su presidente, que también lo es del Supremo Tribunal de Justicia de Portugal, lo cual tendrá trascendencia al resolver la Gran Sala, que no admitirá la cuestión referida a la composición del Consejo y las

consecuencias que ello conlleva respecto de su independencia, aspecto sobre el que sí razona ampliamente la Sección, como más adelante analizaremos.

En los apartados 76 y 77 de la sentencia de la Sección se destaca que los miembros no judiciales del Consejo, nombrados por órganos de los poderes Legislativo y Ejecutivo, constituyen mayoría.

### **3) LOS RAZONAMIENTOS JURÍDICOS SOBRE EL FONDO**

La Sección razona en los apartados 64 y siguientes sobre la independencia e imparcialidad de los órganos intervinientes, en los apartados 81 y siguientes sobre el control ejercido por el Supremo Tribunal de Justicia, y en los 90 y siguientes sobre la denegación de la audiencia pública solicitada, con relación a la última sanción impuesta.

**A) SOBRE LA INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DE LOS ÓRGANOS INTERVINIENTES** En los apartados 75-80<sup>14</sup> señala que la

---

<sup>14</sup> Por la importancia que tiene en el tema que tratamos, lo transcribimos en la lengua oficial francesa: "75. La Cour a déjà dit que la présence parmi les membres d'un tribunal de magistrats occupant au moins la moitié des sièges, dont celui de président avec voix prépondérante, donne un gage certain d'impartialité (*Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, 23 juin 1981, § 58, série A no 43, et *Oleksandr Volkov*, précité, § 109). Il y a lieu de noter qu'en ce qui concerne les procédures disciplinaires dirigées contre des juges, la nécessité qu'un nombre important des membres de l'organe disciplinaire soient eux-mêmes juges est reconnue par la Charte européenne sur le statut des juges (paragraphe 42 ci-dessus) aussi bien que par les avis de la Commission de Venise (paragraphe 43 ci-dessus). La Cour note que la Recommandation CM/Rec(2010)12 du Comité des Ministres aux États membres du Conseil de l'Europe sur les juges, adoptée par le Comité des Ministres le 17 novembre 2010, recommande que l'autorité compétente en matière de sélection et de carrière des juges soit indépendante des pouvoirs exécutif et législatif. Pour garantir son indépendance, au moins la moitié des membres de l'autorité devraient être des juges choisis par leurs pairs (paragraphe 38 ci-dessus). Elle note de surcroît la recommandation no 6 du rapport d'évaluation du Portugal du Groupe d'États contre la corruption (GRECO), adoptée le 4 décembre 2015, d'inscrire dans la loi qu'au moins la moitié des membres du CSM doivent être des juges choisis par leurs pairs (paragraphe 48 ci-dessus). Le Conseil consultatif de juges européens a adopté, lors de sa 11e réunion plénière (17-19 novembre 2010), une *Magna Carta* des juges, qui dispose notamment que le Conseil doit être composé soit exclusivement de juges, soit au moins d'une majorité substantielle de juges élus par leurs pairs (paragraphe 49 ci-dessus), 76. Pour les besoins des présentes requêtes, la Cour examinera les griefs de la requérante portant sur l'indépendance et l'impartialité du Conseil supérieur de la magistrature à la lumière des principes susmentionnés. 77. La Cour note que, en vertu de l'article 218 § 1 de la Constitution, le Conseil supérieur de la magistrature est composé de dix-sept membres nommés par différents organes. Il faut souligner ici que deux de ces membres sont nommés directement par le Président de la République, sept autres par l'Assemblée de la République, et sept autres élus par les juges parmi leurs pairs. Comme l'observe le Gouvernement, le CSM dans sa composition normale est constitué de huit juges (dont

Corte ya se ha pronunciado sobre la cuestión, destacando que en los procedimientos disciplinarios contra jueces, el órgano disciplinario competente debe estar formado mayoritariamente por jueces, como se establece en la Carta Europea del Estatuto Judicial, en las Opiniones de la Comisión de Venecia y en las Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 17 de noviembre de 2010, que recomienda que la autoridad competente en materia de selección y del estatuto judicial sea un órgano independiente de los poderes Ejecutivo y Legislativo, de manera que para garantizar su independencia, al menos, la mitad de sus miembros deben ser jueces elegidos por sus pares, haciéndose mención a lo tratado en los apartados 38, 42 y 43. También menciona la Recomendación sexta del informe de evaluación realizada a Portugal por parte del Grupo de Estados contra la corrupción (GRECO) de 4 de diciembre de 2015, que exigía a Portugal que, al menos, la mitad de sus miembros fuesen jueces elegidos por sus pares, lo que viene respaldado en lo acordado por el Consejo Consultivo de Jueces Europeos

---

le président qui dispose d'une voix prépondérante) et de neuf membres non-juges (paragraphe 37 ci-dessus). Aux yeux de la Cour, il s'ensuit que l'effet des principes régissant la composition de ce conseil a été qu'il peut être constitué en majorité de membres non judiciaires nommés directement par les autorités exécutives et législatives.<sup>78</sup> L'analyse du procès-verbal des délibérations du Conseil supérieur de la magistrature du 10 janvier 2012 amène la Cour à constater que, parmi les quinze membres du Conseil supérieur de la magistrature qui ont tranché l'affaire de la requérante (portant sur la requête n° 57728/13), six seulement étaient des juges (paragraphe 15 ci-dessus). La Cour remarque en outre que la délibération du 11 octobre 2011 a été prise avec la présence de douze des dix-sept membres du CSM, dont sept étaient des juges, y compris le président du CSM, et cinq étaient des non-juges (paragraphe 24 ci-dessus) et que celle du 10 avril 2012 a été prise elle aussi avec une majorité de membres juges du fait de l'absence d'un nombre important des membres non-juges du CSM (paragraphe 31 ci-dessus)[2]. La décision du 30 septembre 2014 fut prise avec la présence de douze des dix-sept membres du CSM dont sept étaient des juges, y compris le président du CSM, et cinq étaient des non-juges, la majorité de juges étant due à l'absence de quatre membres non-juges (paragraphe 36 ci-dessus).<sup>79</sup> La Cour conclut que si, dans la plupart des cas, les juges formaient une majorité des membres de la formation qui a examiné l'affaire de la requérante, lors des délibérations du 10 janvier 2012 ils en ont pourtant été minoritaires. La Cour estime que cette situation, au sein du Conseil supérieur de la magistrature portugais, est problématique au regard de l'article 6 § 1 de la Convention (voir, *mutatis mutandis*, *Oleksandr Volkov*, précité, § 111)[3]. Elle note par ailleurs avec appréhension que, dans le système juridique portugais, la loi ne formule aucune exigence particulière portant sur la qualification des membres non-juges du CSM.<sup>80</sup> Au vu de ce qui précède, la Cour considère que l'indépendance et l'impartialité du Conseil supérieur de la magistrature peuvent être sujettes à caution.

en su reunión plenaria de 17 a 19 de noviembre de 2010 y en la Carta Magna Judicial, razonando que aunque en Portugal 8 de los 17 miembros son jueces elegidos por sus pares, el resto de los miembros son nombrados por el Legislativo y Ejecutivo, y no constituían mayoría en una de las reuniones en que se impuso la primera sanción, y respecto de los no jueces, la ley no establece ningún requisito especial de cualificación para sus miembros, por lo que a la vista del asunto Oleksandr Volkov, la situación del Consejo Superior de la Magistratura Portuguesa es problemática y poco confiable.

**- LOS DOCUMENTOS INTERNACIONALES QUE LA SECCIÓN CONSIDERA PERTINENTES PARA LA RESOLUCIÓN DEL CASO REFERIDOS A LA INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DEL ÓRGANO DE GOBIERNO DE LOS JUECES**

La sentencia, en la parte que recoge los documentos internacionales pertinentes, en los apartados 42 y sgts. señala que la Carta Europea sobre el Estatuto de los Jueces (Dirección de Asuntos Jurídicos del Consejo de Europa, 8-10 de julio de 1998, DAJ / DOC (98) 23) dispone que el incumplimiento por parte de un juez de los deberes expresamente definidos en el Estatuto puede ser punible mediante un órgano en el que, al menos, la mitad de sus miembros sean jueces, y cuya decisión pueda ser recurrida ante un tribunal de naturaleza jurisdiccional.

El informe sobre nombramientos judiciales (CDL-AD (2007) 028) de la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia), aprobado en su 70ª sesión plenaria (16-17 de marzo de 2007), dice que: «(...) 29. (...) Por lo tanto, una parte importante o la mayoría de los miembros del consejo de la magistratura deben ser elegidos por los mismos magistrados. Para garantizar la legitimidad democrática del Consejo Judicial, los otros miembros deben ser elegidos por el Parlamento entre personas con las competencias legales apropiadas, teniendo en cuenta, los posibles conflictos de intereses.

La Comisión de Venecia, en su informe sobre la independencia del poder judicial señala: - Parte I: La independencia de los jueces, adoptada en la 82ª sesión plenaria de 12-13 de marzo de 2010 (CDL-AD (2010) 004), adoptó la siguiente conclusión: «(...) 6. Los consejos judiciales o los tribunales disciplinarios, deben desempeñar un papel decisivo en los procedimientos disciplinarios. Debería ser posible apelar las decisiones de los órganos disciplinarios. (...) » 45. La Comisión de Venecia resume su opinión de la siguiente manera: «(...) 32. En resumen, en opinión de la Comisión de Venecia, es apropiado para garantizar la independencia del poder judicial, que un consejo judicial independiente desempeñe un papel decisivo en las decisiones sobre el nombramiento y carrera de los jueces. Debido a la riqueza de la cultura legal en Europa, que es valiosa y debe conservarse, no existe un modelo único que se aplique a todos los países. Si bien respeta la diversidad de los sistemas legales, la Comisión de Venecia recomienda que los Estados, que aún no lo hayan hecho, consideren la posibilidad de establecer un consejo judicial independiente u organismo similar. La composición de este consejo debe ser, en todos los casos pluralista, en el que los jueces representen una parte importante, si no la mayoría, de sus miembros. Con la excepción de los otros miembros, los jueces deben ser elegidos o nominados por sus pares.

La Recomendación CM / Rec (2010) 12 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre jueces: independencia, eficiencia y responsabilidades (adoptada por el Comité de Ministros el 17 de noviembre de 2010 en la 1098ª reunión de los Diputados de los Ministros) dice lo siguiente en sus partes relevantes:

"(...) Capítulo IV - Consejos de Justicia 26. Los consejos de justicia son órganos independientes, establecidos por la ley o la Constitución, que tienen como objetivo garantizar la independencia del poder judicial y el de cada juez y, por lo tanto, promover el funcionamiento eficiente del sistema judicial. 27. Al menos la mitad de los miembros de estos consejos deben ser jueces elegidos por sus pares de todos los niveles del poder judicial y con pleno respeto al pluralismo existente dentro del sistema judicial. 28. Los consejos de justicia deben demostrar el más alto nivel de



transparencia hacia los jueces y la sociedad, a través del desarrollo de procedimientos preestablecidos y la motivación de sus decisiones. (...) Capítulo VI - Estatuto del juez. Selección y carrera 46. La autoridad competente para la selección y carrera de los jueces debe ser independiente de los poderes ejecutivo y legislativo. Para garantizar su independencia, al menos la mitad de los miembros de ese órgano deben ser jueces elegidos por sus pares. Capítulo VII - Deberes y Responsabilidades (...) Responsabilidad y procedimientos disciplinarios. (...) 69. Se pueden iniciar procedimientos disciplinarios contra jueces que no cumplan con sus deberes de manera efectiva y adecuada. Este procedimiento debe ser llevado a cabo por una autoridad o tribunal independiente con todas las garantías de un juicio justo y otorgar a los jueces el derecho de recurrir contra la decisión y la sanción. Las sanciones disciplinarias deben ser proporcionales a la falta cometida. (...)

»

El Consejo Consultivo de Jueces Europeos adoptó, en su 11ª Reunión Plenaria (17-19 de noviembre de 2010), una Carta Magna de los Jueces (Principios Fundamentales) que resume y codifica las principales conclusiones de los dictámenes que ya ha adoptado. Este texto incluye: 13. Para garantizar la independencia de los jueces, cada Estado debe establecer un Consejo de Justicia u otro órgano específico, independiente del poder ejecutivo y legislativo, con los poderes más amplios para cualquier cuestión relacionada con el estatuto de los jueces, así como la organización, funcionamiento e imagen de las instituciones judiciales. El Consejo debe estar compuesto no solo por jueces pero sí al menos por una mayoría sustancial de jueces elegidos por sus pares. El Consejo de Justicia es responsable de sus actividades y decisiones. " 50. La Recomendación N° 6 del Informe de Evaluación de Portugal del Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO), adoptada el 4 de diciembre de 2015, dice lo siguiente: «(...) VI. i) fortalecer el papel de los consejos judiciales como garantes de la independencia de los jueces y el poder judicial, incluso al inscribir en la ley que al menos la mitad de sus miembros deben ser jueces elegidos por sus pares . (...) "

## **B) SOBRE EL CONTROL EJERCIDO POR EL SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTICIA Y LA NECESARIA AUDIENCIA PÚBLICA SOLICITADA**

Con relación al segundo aspecto analizado, destaca la Sala en los apartados 87, 88 y 89, que siendo controvertidos los hechos referidos a si realmente la sancionada llamó o no mentiroso al inspector y si pidió o no que se retirarán los cargos contra un testigo, nos encontramos ante cuestiones esenciales en dos procedimientos y la demandante no tuvo la posibilidad de impugnarlos y desvirtuarlos ante el Tribunal Supremo, que se limitó a una mera revisión de la legalidad que, además, como sostiene el Gobierno portugués, no puede invadir las potestades discrecionales, por lo que la revisión llevada a cabo, en estos casos, no fue suficiente.

Con relación a la tercera de las cuestiones suscitadas, en el apartado 97, se razona que hubiera sido necesaria la práctica de la audiencia pública oral y accesible, solicitada por la demandante, al existir una controversia relevante sobre los hechos y tratándose de sanciones que afectan a la reputación y crédito profesional.

Esta sentencia contiene el voto particular de uno de los jueces contrario a la decisión mayoritaria de no otorgar ninguna compensación pecuniaria a la demandante, que había solicitado la indemnización de 43.750 € por el daño material que había sufrido a consecuencia de la pérdida de salarios, denegada sobre la base de desconocer lo que hubiese sucedido de no haberse violado el derecho fundamental, y siguiendo la práctica que se dice se lleva a cabo cuando se produce en otras ocasiones la vulneración del art. 6.1 citado.

## **C) EXAMEN DEL CASO TATO MARINHO DOS SANTOS COSTA ALVES DOS SANTOS Y FIGUEIREDO c. PORTUGAL**

En los asuntos 9023 y 78077/ 13 que afectaban a Sofia Tato Marinho dos Santos Costa Alves dos Santos y María da Luz Figueiredo se razona en los apartados 51 y 57, que la Corte Suprema de Justicia de Portugal no es competente para revisar hechos fijados por parte del Consejo Superior de la Magistratura y solamente lo es para enjuiciar su

tipicidad y proporcionalidad, y con respecto a la queja de la segunda demandante sobre la falta de independencia e imparcialidad de la Corte Suprema de Justicia, la Sala entiende que la cuestión debe ser examinada también desde el punto de vista más general del alcance de la revisión, y como el Tribunal ya ha declarado que la revisión del Supremo Tribunal de Justicia fue insuficiente en el caso de la primera demandante (véanse los párrafos 48 a 56 supra) , tal conclusión también se impone en este caso e, igualmente, considera que la revisión realizada por el Supremo Tribunal de Justicia en el caso de la segunda demandante no fue suficiente y, en consecuencia, también se produjo una violación del Artículo 6 § 1 de la Convención, debido a un control insuficiente por parte de la Corte de Portugal.

Como vemos, por este solo motivo se pudieran haber anulado todas las sanciones en el caso de Nunes de Carvalho pero, sin duda, por la incomodidad que supone para Portugal la anulación respecto de su estructura orgánica, imparcialidad e independencia del Consejo Superior de la Magistratura fue por lo que considero que se interpuso por el Estado, recurso ante la Gran Sala, en este único caso.

La sentencia cuenta también con el voto particular del magistrado que en igual sentido se había pronunciado en el caso de la indemnización a Nunes de Carvalho , si bien esta sentencia condena al Estado portugués a abonar 7. 800 euros por daños morales

## **II) LA ORGANIZACIÓN JUDICIAL PORTUGUESA:**

### **1) RASGOS GENERALES**

En España existe un solo Tribunal Supremo y un Consejo General del Poder Judicial.

La organización judicial portuguesa, al igual que la francesa y alemana tiene dos Tribunales Supremos y dos órganos de gobierno para los dos órdenes jurisdiccionales diferenciados: la jurisdicción administrativa y fiscal con competencia en estas materias, y de otro lado, la jurisdicción común, que entiende de las materias Civil, Penal, Laboral,

Comercial, etc... Existen, por tanto, dos Tribunales Supremos que culminan judicialmente cada una de estas jurisdicciones y dos Consejos como órganos de gobierno<sup>15</sup>.

En Portugal existen tres categorías de jueces: la primera denominada juízes conselheiros que equivaldría en España a los magistrados del Tribunal Supremo, juízes desembargadores, que equivaldría a los magistrados y juízes de direito que equivaldría a la categoría de jueces<sup>16</sup>.

En Portugal, los magistrados del ministerio público equivaldrían al cuerpo de lo que en España se denominan fiscales y abogados del Estado<sup>17</sup>.

Quiero destacar tres aspectos de la organización judicial portuguesa: 1) Los miembros de los órganos de gobierno de la carrera judicial de procedencia judicial son elegidos directamente por los propios jueces. 2) Los presidentes de los distintos órganos judiciales son elegidos, en la inmensa mayoría de los casos, por los jueces, que en tales órganos prestan sus servicios. 3) Los magistrados de los Supremos Tribunales se eligen por una comisión técnica.

## **2) LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO: CONSEJO SUPERIOR DE LA MAGISTRATURA Y DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS Y FISCALES**

El Consejo Superior de la Magistratura está formado por el Presidente del Tribunal Supremo de Justicia ( que ha sido elegido por sus pares de este Tribunal, no sucede como en España, que del Consejo pasa al Tribunal), que lo preside y por dos vocales designados por el Presidente de la República, siete elegidos por la Asamblea de la República, y siete

---

<sup>15</sup> Arts. 209 y sgts. de la Constitución de la República Portuguesa de 1976.

<sup>16</sup> Arts. 40,46 y 50 del Estatuto de los Magistrados Judiciales de 1985.

<sup>17</sup> Arts. 219 y 220 de la Constitución de la República Portuguesa de 1976.

jueces elegidos por su sus pares, en armonía con el principio de representación proporcional<sup>18</sup> .

Los miembros de este Consejo General no tienen dedicación exclusiva, ya que existe una Comisión Permanente formada por el presidente y vicepresidente del Consejo, un juez desembargador, dos jueces de direito, un vocal de los designados por el Presidente de la República y dos nombrados por el Parlamento<sup>19</sup> .

Las elecciones para los Vocales de procedencia judicial se llevan a cabo a través de listas en las que tienen que aparecer un magistrado del Tribunal Supremo, dos magistrados desembargadores y cuatro jueces de direito, correspondiendo uno a cada distrito judicial. Las listas han de obedecer a corrientes jurídicas diferentes, que no sindicales<sup>20</sup> .

El Consejo Superior de los Tribunales Administrativos y Fiscales está presidido por el Presidente del Supremo Tribunal Administrativo y compuesto por dos vocales designados por el Presidente de la República, cuatro elegidos por la Asamblea de la República, y cuatro elegidos por los propios jueces de los órdenes contencioso-administrativo y fiscal<sup>21</sup>. Sus miembros no tienen dedicación exclusiva y dado el escaso número de cuestiones que atiende no existe una comisión permanente<sup>22</sup> .

Para atender las cuestiones de mérito profesional y régimen disciplinario del personal al servicio de la Administración de Justicia, reforzando la independencia judicial, al amparo del art. 218.3 de la Constitución de la República se creó el Consejo de Oficiales de Justicia por Decreto- Ley 376/87 de 11 de diciembre, incardinándolo dentro de la estructura de los propios Consejos.

---

<sup>18</sup> Arts. 218 de la Constitución de la República Portuguesa de 1976 y 137 del Estatuto de los Magistrados Judiciales de 1985.

<sup>19</sup> Art. 141 del Estatuto de los Magistrados Judiciales de 2008.

<sup>20</sup>Art. 141 del Estatuto de los Magistrados Judiciales de 1985.Debe tenerse en cuenta que el Presidente del Supremo Tribunal Judicial es un miembro nato, que se debe añadir.

<sup>21</sup> Art.75 del Estatuto de los Tribunales Administrativos y Fiscales de 2009.

<sup>22</sup> Arts.76 y sgts. del Estatuto de los Tribunales Administrativos y Fiscales de 2009.

### **3) PRESIDENTES DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS**

El Presidente del Supremo Tribunal de Justicia es elegido por los propios jueces que componen ese Supremo Tribunal de Justicia y tiene tres Secciones: de lo Civil, de lo Penal, y de lo Social<sup>23</sup>. Colaboran con el Presidente del Supremo Tribunal de Justicia dos Vicepresidentes, también elegidos por los jueces de este Tribunal Supremo. Los Presidentes de las citadas Secciones Civil, Penal y Social también son elegidos por sus compañeros, así como los Presidentes de las Subsecciones correspondientes<sup>24</sup>.

Lo expuesto, es aplicable al Supremo Tribunal Administrativo, con la peculiaridad de que tiene dos Secciones: una de lo Contencioso-administrativo y otra de lo Tributario, y tres vicepresidentes: dos elegidos por la Sección de lo Contencioso-administrativo y una de lo Tributario<sup>25</sup>.

Los Presidentes de los Tribunales de Relação y Centrales Administrativos también son elegidos por sus pares, al igual que sus vicepresidentes<sup>26</sup>.

En Portugal, los miembros de los órganos de gobierno de la carrera judicial de procedencia judicial son elegidos directamente por los propios jueces. Los presidentes de los distintos órganos judiciales son elegidos por los jueces que en tales órganos prestan sus servicios y los Magistrados de los Supremos Tribunales se eligen por una Comisión técnica.

---

<sup>23</sup> Arts. 210.2 de la Constitución de la República Portuguesa de 1976 y 49 de la Ley de Organización y Funcionamiento de los Tribunales Judiciales de 2008.

<sup>24</sup> Arts. 53 y 55 de la ley de Organización y Funcionamiento de los Tribunales Judiciales de 2008

<sup>25</sup> Arts. 212.2 de la Constitución de la República Portuguesa de 1976 y 12 y sgtes. del Estatuto de los Tribunales administrativos y Fiscales de 2009.

<sup>26</sup> Arts. 68 y 70 de la ley de Organización y Funcionamiento de los Tribunales Judiciales de 2008.

#### **4) EL INGRESO EN LA CATEGORÍA DE MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPREMO**

El ingreso en la categoría de Magistrados del Tribunal Supremo se produce por un acuerdo del Consejo Superior de la Magistratura o del Consejo Superior de los Tribunales Administrativos y Fiscales sobre la base de lo que acuerda un jurado u órgano técnico de selección. Solamente puede alterarse el acuerdo de esta comisión técnica por el órgano de gobierno del orden jurisdiccional, motivándolo adecuadamente.

El jurado o comisión técnica está formado por el Presidente del Supremo Tribunal y por los siguientes vocales: el Magistrado del Supremo Tribunal más antiguo que sea miembro del Consejo Superior de la Magistratura, un miembro del Consejo Superior del Ministerio Público, un miembro del Consejo Superior de la Magistratura no perteneciente a la carrera judicial, un profesor catedrático de Derecho de la disciplina y un abogado<sup>27</sup>.

Pueden concurrir los jueces desembargadores que se encuentren entre el 25% de los más antiguos y no hayan renunciado al ascenso, a los cuales le corresponderán tres de cada cinco plazas, y podrán concurrir voluntariamente, los procuradores generales adjuntos del Ministerio Público a los que corresponderá una de cada cinco plazas, pudiendo también concurrir juristas de reconocido prestigio con más de 20 años de ejercicio en la abogacía o docencia universitaria, a los que corresponderá también una de cada cinco plazas<sup>28</sup>.

Para el Supremo Tribunal Administrativo existe la variación respecto de la antigüedad exigida, que es de 10 años para profesores y abogados.

En el concurso se valoran la experiencia profesional, el currículum universitario, los trabajos científicos realizados y la actividad forense, la

---

<sup>27</sup> Art. 52 del Estatuto de los Magistrados Judiciales de 2008.

<sup>28</sup> Art. 51 del Estatuto de los Magistrados Judiciales de 2008.

enseñanza docente así como cualesquiera otros, que acrediten la solvencia y madurez jurídica<sup>29</sup> .

### **III) SENTENCIA DE LA GRAN SALA EN EL CASO NUNES DE CARVALHO E SÁ C. PORTUGAL DE 6 -11-2018**

La Gran Sala recoge en su sentencia el Derecho portugués aplicable con una extensión muy superior a lo que se hizo en la sentencia de la Sección, mencionando la Constitución portuguesa, el Estatuto de los Magistrados Judiciales, la Ley de Organización de los Tribunales Judiciales y Administrativos, el Código de Procedimiento Civil, y la jurisprudencia del Supremo Tribunal portugués y del Tribunal Constitucional, que en sentencia de 2011, recogiendo otras de años anteriores, considera que la ley portuguesa, al atribuir el legislador competencia para enjuiciar estos asuntos al Supremo Tribunal de Judicial y no al Supremo Tribunal Administrativo, aunque pudiese entenderse que la resolución impugnada tiene un carácter administrativo, es conforme con la Constitución, al tener en cuenta, aspectos que pueden ser mejor valorados en ese ámbito.

En el aspecto relativo a documentos internacionales solo cita el caso Baka contra Hungría 20261/12 (apartado 72-87) y Oleksandr Volkov contra Ucrania (21722/11 apartados 78-80).

Nótese que la Gran Sala no menciona expresamente en el cuerpo principal de la sentencia los convenios o acuerdos internacionales que se mencionaban por la Sección , que sí se citan, como veremos, en los votos particulares concurrentes, y al razonar sobre la independencia e imparcialidad se refiere a los aspectos objetivos y subjetivos que, por otra parte, también se habían mencionado en la sentencia de la Sección Cuarta recurrida, centrándose, ahora, en la doble función que desempeña el presidente del Supremo Tribunal de Justicia de Portugal como presidente del Tribunal y del órgano de gobierno, considerando que teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, el estatuto de los

---

<sup>29</sup> Arts 65, 66 y 67 del Estatuto de los Tribunales Administrativos y Fiscales de 2009.



jueces en Portugal, que se encuentran en la parte final de su carrera en el Supremo, que no se les evalúa, y aunque también se encuentran sujetos a materia disciplinaria del Consejo Superior de la Magistratura, el control judicial que existe sobre las decisiones del órgano de gobierno considera que gozan, quienes recurren judicialmente las sanciones impuestas por el Consejo Superior de la Magistratura, de las debidas garantías de independencia e imparcialidad, que recoge el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, destacando, por el contrario, que en el caso Oleksandr Volkov contra Ucrania, la gran mayoría de los miembros no judiciales eran nombrados por los poderes legislativo y ejecutivo, concurriendo otras circunstancias de falta de imparcialidad subjetiva, ya que quienes habían instruido los procedimientos disciplinarios luego habían participado en la adopción del acuerdo, y la revisión por las Cámaras parlamentarias aumentó la politización de la cuestión y agravó la incompatibilidad con el principio de separación de poderes.

En el apartado 196, la Gran Sala considera que la revisión judicial ejercida debe ser apropiada para el objeto de la controversia y cuando un Estado miembro inicia tales procedimientos disciplinarios, lo que está en juego es la confianza pública en el funcionamiento y la independencia del poder judicial, que en un Estado democrático garantiza la existencia misma del Estado de Derecho. Además, el Tribunal destacó la creciente importancia de la separación de poderes y la necesidad de preservar la independencia del poder judicial (Prager y Oberschlick v. Austria, 26 de abril de 1995, § 34, Serie A no 313, Kudechkina v. Rusia, No. 29492/05, § 86, 26 de febrero de 2009, y el mencionado Stafford, § 78, Kleyn, § 193, y Baka, §165.

Debe resaltarse, como posteriormente se indica en los votos particulares, que no se aborda la cuestión relativa a la objetividad e imparcialidad del Consejo Superior de la Magistratura porque se considera una alegación extemporánea de la demandante ( apartados 102-107).

Señalan los apartados 105 y 106 de la sentencia de la Gran Sala,

que la demandante no había denunciado la falta de independencia e imparcialidad del CSM en sus formularios de solicitud y ,además, el Tribunal comunicó al Gobierno, únicamente, las quejas sobre la falta de acceso a un Tribunal judicial, la falta de independencia e imparcialidad de la sección de litigios del Tribunal Supremo y la ausencia de audiencia pública.

La Gran Sala considera que la queja sobre la falta de independencia e imparcialidad de la CSM es distinta de aquellas respecto de las cuales se invitó al Gobierno a presentar sus observaciones, por lo que tal cuestión no puede examinarse por separado y, en consecuencia, el Tribunal concluye que la denuncia sobre la falta de independencia e imparcialidad de la CSM, formulada por primera vez por el demandante en sus observaciones de 30 de octubre de 2015, fuera del plazo de 6 meses previsto y teniendo en cuenta que el proceso interno había finalizado en el año 2013, que tal alegación debía ser inadmitida, de conformidad con los artículos 35 §§ 1 y 4 de la Convención.

Es decir, no es que la Gran Sala no ratifique los razonamientos de la Sección o que considere intrascendentes las exigencias que expone la sentencia de la Sección Cuarta respecto de los convenios internacionales para la determinación de la concurrencia o no de tales requisitos en el Consejo Superior de la Magistratura portuguesa sino que, en el caso, no puede entrar en el análisis de los mismos. No obstante, de lo razonado en la Sección y de lo que se menciona en los votos particulares se deduce la general aplicabilidad de tales exigencias.

La Gran Sala, reitera sumariamente en el apartado 134, lo que puede hacer mejor al encontrarse también formando parte el juez portugués que participó en la Sección, Paulo Pinto de Albuquerque, lo que había expuesto en los apartados 113 y sgts, subrayando que la Cámara encontró una violación del artículo 6 § 1 de la Convención por el efecto acumulativo de las diversas deficiencias que constituían la falta de independencia e imparcialidad del CSM, el insuficiente alcance de la revisión por parte de la sección de litigios del Supremo Tribunal de Justicia y la ausencia de una audiencia pública.

Después, en la sentencia de la Gran Sala, se lleva a cabo la ratificación de las cuestiones referidas al debido control sobre los hechos que debía realizar el Tribunal judicial y la necesidad de la audiencia pública, ratificando lo acordado por la Sección.

### **1) LOS VOTOS PARTICULARES**

Existen tres votos particulares: dos concurrentes y uno parcialmente disidente.

#### **A) OPINION CONCORDANTE COMÚN DE LOS JUECES RAIMONDI, NUSSBERGER, JÄDERBLOM, MØSE, POLÁČKOVÁ Y KOSKELO**

El primer bloque de opiniones concordante lo suscriben 6 jueces, destacando las competencias que deberían haberse atribuido en la sentencia , para mayor claridad, al Supremo Tribunal de Justicia y al Consejo Superior de la Magistratura, especialmente por tratarse de decisiones discrecionales.

#### **B) OPINION CONCORDANTE DEL JUEZ PINTO DE ALBUQUERQUE**

Debemos destacar especialmente el voto concurrente del juez portugués Pinto de Albuquerque, que recoge los documentos internacionales y convenios aplicables señalados por la Sección pero con nuevos razonamientos, destacando el informe sobre nombramientos judiciales (CDL-AD (2007) 028) aprobado por la Comisión de Venecia en su 70ª sesión plenaria (16-17 de marzo de 2007) que contiene el siguiente pasaje:"29. (...) Por lo tanto, una parte importante o la mayoría de los miembros del consejo de la magistratura deben ser elegidos por los mismos magistrados. Para garantizar la legitimidad democrática del Consejo Judicial, otros miembros deben ser elegidos por el parlamento entre personas con las competencias legales apropiadas, teniendo en cuenta los posibles conflictos de intereses".

En las conclusiones de la Parte I (Independencia de los jueces) de su informe sobre la independencia del poder judicial (CDL-AD (2010)

004), aprobado en su 82ª sesión plenaria (12-13 de marzo de 2010), la Comisión de Venecia dijo: 32. En resumen, en opinión de la Comisión de Venecia, para garantizar la independencia del poder judicial, es apropiado que un consejo judicial independiente desempeñe un papel determinante en las decisiones relativas al nombramiento y la carrera de los jueces. Debido a la riqueza de la cultura legal en Europa, que es valiosa y debe conservarse, no existe un modelo único que se aplique a todos los países. Si bien respeta la diversidad de los sistemas legales, la Comisión de Venecia recomienda que los Estados que aún no lo hayan hecho, consideren la posibilidad de establecer un consejo judicial independiente u organismo similar. La composición de este consejo debe ser pluralista, con una importante representación o mayoría de los jueces. Con la excepción de los otros miembros, los jueces deben ser elegidos o nominados por sus pares. "

El extracto pertinente de la Opinión sobre las Leyes de responsabilidad disciplinaria y la función de los jueces de "la ex República Yugoslava de Macedonia" (CDL-AD (2015 (042)) adoptada por la Comisión de Venecia en su 105ª sesión plenaria (18-19 de diciembre de 2015) dice lo siguiente: "77. La Comisión de Venecia recuerda la opinión expresada en su opinión sobre el proyecto de ley sobre el Consejo Superior de Jueces y Fiscales de Bosnia y Herzegovina, donde destacó la importancia de "encontrar el equilibrio entre la necesidad de proteger la independencia del CSJP y la utilidad de asegurar su control por parte de una autoridad pública y evitar un modo de gestión corporativista ". Si bien en esta opinión se recomienda que la mayoría de los miembros del consejo sean elegidos por el poder judicial, la Comisión de Venecia nunca ha favorecido los sistemas en los que todos los miembros son elegidos por el poder judicial. Dado que se otorgan poderes muy importantes al CEF [Consejo de Investigación de Hechos] en asuntos de disciplina judicial, se recomienda que una proporción significativa de sus miembros sea nombrada por órganos elegidos democráticamente, preferiblemente por el parlamento por mayoría cualificada de votos. Esta última solución fortalecería la responsabilidad democrática del poder judicial, al tiempo

que proporcionaría suficiente protección contra cualquier dominación de este órgano judicial por parte de los representantes políticos. "

En sus partes pertinentes, la Recomendación CM / Rec (2010) 12 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre jueces: independencia, eficiencia y responsabilidades (Adoptada por el Comité de Ministros el 17 de noviembre de 2010) declara: "Capítulo IV - Consejos de Justicia 26. Los consejos de justicia son órganos independientes, establecidos por la ley o la Constitución, que tienen como objetivo garantizar la independencia del poder judicial y la de cada juez y, por lo tanto, promover el funcionamiento eficiente del sistema judicial. 27. Al menos, la mitad de los miembros de estos consejos deben ser jueces elegidos por sus pares de todos los niveles del poder judicial y con pleno respeto al pluralismo dentro del sistema judicial. 28. Los consejos de justicia deben demostrar el más alto nivel de transparencia hacia los jueces y la sociedad, a través del desarrollo de procedimientos preestablecidos y la motivación de sus decisiones. (...) Capítulo VI - Estatuto del juez Selección y carrera (...) 46. La autoridad competente para la selección y carrera de los jueces debe ser independiente de los poderes ejecutivo y legislativo. Para garantizar su independencia, al menos la mitad de los miembros de la autoridad deben ser jueces elegidos por sus pares. "

El Consejo Consultivo de Jueces Europeos adoptó, en su 11ª sesión plenaria (17-19 de noviembre de 2010), una Carta Magna de los Jueces (Principios Fundamentales) que resume y codifica las principales conclusiones de las Opiniones que ya había adoptado. Este documento contiene el siguiente pasaje: "13. Para garantizar la independencia de los jueces, cada Estado debe establecer un Consejo de Justicia u otro órgano específico, independiente del poder ejecutivo y legislativo, con los poderes más amplios para cualquier pregunta relacionada con su estado, así como la organización, funcionamiento e imagen de las instituciones judiciales. El Consejo debe estar compuesto solo por jueces o al menos una mayoría sustancial de jueces que deben ser elegidos por sus pares. El Consejo de Justicia es responsable de sus actividades y decisiones. "

En su informe de la cuarta ronda de evaluación sobre Portugal, adoptada el 4 de diciembre de 2015, GRECO realizó la siguiente evaluación del CSM y su homólogo competente con respecto a los Tribunales Administrativos y Fiscales, el Consejo Superior de Jurisdicciones administrativas y fiscales: "Dados los amplios poderes de estos dos cuerpos, particularmente con respecto al nombramiento, ascenso y evaluación de los jueces, así como a los asuntos disciplinarios, su composición ha sido criticada por algunos de los interlocutores reunidos en el lugar, quienes cuestionan su independencia e imparcialidad a nivel político. A este respecto, el Equipo de evaluación de GRECO desea recordar la Recomendación CM / Rec (2010) 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, según la cual "al menos la mitad de los miembros de estos consejos deberían ser jueces elegidos por sus pares ". En Portugal, el marco legal no cumple con este requisito, si bien se alegó que: "(...) en la práctica, algunos de los miembros del Consejo Supremo de la Judicatura nombrados por el Presidente de la República son, de hecho, ex jueces. El Equipo de evaluación de GRECO ha sido informado de que los dos miembros nombrados por el Presidente no son jueces de carrera, pero actualmente uno es un ex juez del Tribunal Constitucional. " Sobre la base de estos hallazgos, hizo la siguiente recomendación: " fortalecer el papel de los consejos judiciales como garantes de la independencia de los jueces y el poder judicial, incluso al inscribir en la ley que al menos la mitad de sus miembros deben ser jueces elegidos por sus pares ; (...).

El 6 de marzo de 2018, GRECO instó a Portugal a redoblar sus esfuerzos para mejorar su marco legal para prevenir la corrupción de parlamentarios, jueces y fiscales. En su informe de cumplimiento, en el que evaluó la implementación de Portugal de las recomendaciones hechas en el informe de evaluación de 2015, concluyó que Portugal solo había implementado satisfactoriamente uno de estas quince recomendaciones. Tres recomendaciones se habían implementado parcialmente y once no se habían implementado en absoluto. GRECO

calificó el nivel de cumplimiento de las recomendaciones como "insatisfactorio en general".

El citado juez portugués señala que el caso en cuestión plantea dos cuestiones principales:

Primero, la mayoría de los miembros del CSM no son jueces elegidos por sus pares. Por ejemplo, de los quince miembros que se pronunciaron sobre el caso del solicitante el 10 de enero de 2012, solo seis eran jueces (véase el párrafo 26 de la sentencia). En los otros dos procedimientos, una pequeña mayoría de los miembros eran jueces, dado que algunos de los miembros no judiciales estaban ausentes. De hecho, no hay garantía de que la mayoría de los miembros del CSM tengan capacitación suficiente, ya que no existe ninguna obligación legal al respecto para los miembros no judiciales del CSM. Antes de las deliberaciones del CSM, no hay forma de saber quién participará. El juez acusado no puede saber qué miembros participarán en la reunión que decidirá su caso. Para empeorar las cosas, no se excluye que un miembro no judicial del CSM pueda ser ponente en un asunto disciplinario, por lo que el ponente puede carecer de capacitación legal.

En segundo lugar, los miembros del CSM pueden optar por trabajar a tiempo parcial, una decisión que puede exponerlos a vínculos jerárquicos o profesionales de facto, que puedan tener fuera de su función como miembros del CSM, ya sea en el sector privado o público. El Tribunal ya ha abordado esta problemática en el caso *Oleksandr Volkov v. 21722/11*, ECHR 2013), donde señaló que todos, menos cuatro de los miembros del Consejo Supremo del Poder Judicial de Ucrania "continúan trabajando y reciben un salario fuera de ese cuerpo, lo que implica, inevitablemente, una dependencia material, jerárquica y administrativa de ellos por parte de sus principales empleadores".

Varios organismos internacionales y europeos consideraron que estos dos elementos (el hecho de que el CSM no está compuesto por una mayoría de miembros judiciales y el hecho de que puede ser a tiempo parcial) podrían socavar la independencia judicial.

Considera que, en estas circunstancias es importante señalar que el Comité de Ministros del Consejo de Europa y el GRECO recomiendan que al menos la mitad de los miembros de los Consejos Judiciales sean jueces elegidos por sus pares, pero no cuando el número de miembros de estos Consejos es impar, que es el caso del CSM y cree, firmemente, que la composición del CSM, de acuerdo con el marco Constitucional vigente desde 1982 y la posterior práctica Presidencial de designar a un juez, garantiza la independencia del poder judicial por la autoridad moral y la representatividad política del Presidente de la República, que significa una garantía sólida de justo equilibrio entre los componentes democráticos y judiciales del órgano de gobierno judicial portugués. La buena reputación profesional y social de los miembros elegidos hasta ahora por los sucesivos Presidentes de la República entiende que confirma esta conclusión.

**C) OPINIÓN EN PARTIE DISIDENTE DE LOS JUECES YUDKIVSKA, VUČINIĆ, PINTO DE ALBUQUERQUE, TURKOVIĆ, DEDOV Y HÜSEYNOV**

Estos 6 jueces formulan voto particular concurrente pero en parte disidente al no estar de acuerdo con la mayoría en la conclusión de que no se ha violado el Artículo 6 § 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos con respecto a la independencia e imparcialidad de la sección de litigios de la Corte Suprema de Portugal.

Destacan que la mayoría "no encuentra falta de independencia e imparcialidad" en la sección de litigios del Tribunal Supremo (véase el párrafo 165 de la sentencia). Para llegar a esa conclusión, rechazan las dos quejas formuladas por el solicitante en relación con la independencia y la imparcialidad objetiva del Tribunal Supremo: la demandante argumentó, por un lado, que el presidente del CSM al ser también presidente de la Corte Suprema podría ejercer una influencia indebida sobre el proceso judicial y, en segundo lugar, que el poder disciplinario del CSM sobre los miembros de la Corte Suprema perjudicó su



independencia. En la opinión de los discrepantes, estos dos argumentos no han sido considerados adecuadamente.

**Con respecto al primer argumento, la mayoría concluye que "la dualidad de las funciones del presidente del Tribunal Supremo no pone en tela de juicio la independencia y la imparcialidad objetiva del Tribunal que ha decidido las acciones interpuestas por el solicitante contra las decisiones del CSM "(párrafo 156) y basa esta conclusión en dos puntos. Primero, observa que, de acuerdo con el Estatuto de los Magistrados, " la composición de la sección de litigios de la Corte Suprema se determina (...) sobre la base de criterios objetivos tales como la antigüedad de los jueces y su pertenencia a una sección particular y el presidente de la Corte Suprema no forma parte de esta sección *ad hoc* "(párrafo 154); y tiene en cuenta que la "designación formal" de los miembros de esta sección la realiza el vicepresidente de la Corte Suprema pero, desde nuestro punto de vista,ninguno de estos elementos es convincente.**

**Es cierto que el presidente no puede seleccionar a los miembros de la sección de litigios para un caso determinado, y que la composición de esta sección está determinada por la antigüedad de los jueces y la sección a la que pertenecen. Más específicamente, la sección de litigios está compuesta por los vicepresidentes más antiguos de la Corte Suprema y el más antiguo de los jueces de cada una de las tres secciones de la Corte Suprema (División Civil, Sección de Criminales, Sección de Asuntos Sociales) pero la mayoría omite un aspecto crucial de la organización de la Corte Suprema, a saber, el hecho de que le corresponde al presidente asignar a los jueces entre las secciones, de manera discrecional, sobre la base de "la utilidad para el servicio "(conveniência para o serviço). El Presidente puede, por lo tanto, influir hasta cierto punto en la adscripción de los jueces en cada sección y la característica fundamental de cualquier órgano judicial es que las apariencias son tan importantes como los hechos. La justicia no solo debe ser justa, debe ser vista y percibida como tal. Para nosotros, no hay duda de que cuando el**

**presidente del organismo cuya decisión es impugnada (en este caso, el CSM) está, aunque solo sea de manera indirecta, se produce una sospecha del organismo de enjuiciamiento (en este caso, la sección de litigios) y la apariencia de imparcialidad está irreparablemente contaminada.**

**En segundo lugar, la mayoría señala que el solicitante no "alegó que el presidente del Tribunal Supremo pudo influir en los jueces de la sección de litigios, y que el presidente del Supremo Tribunal de Justicia no ha nombrado a los encargados de resolver el recurso planteado por la demandante (párrafo 155). En vista de lo anterior, este argumento tampoco lo consideran convincente, ya que como la mayoría anuncia desde el principio, "la queja [del solicitante] debe examinarse desde el punto de vista del requisito de independencia e imparcialidad objetiva "(apartado 152). Esta "evaluación objetiva se centra en las relaciones jerárquicas o de otro tipo entre el juez y otros actores en los procedimientos" (apartado 148). No se trata de si los jueces de la sección de litigios tenían una animosidad particular hacia el solicitante sino de determinar el marco institucional en el que se examinó su caso, con relación a las debidas garantías de apariencia de imparcialidad.**

**La otra queja presentada por el solicitante fue que la evaluación, nombramiento y ascenso de los jueces del Tribunal Supremo, incluidos los de la sección de litigios, están dentro de la competencia del CSM, al igual que los procedimientos disciplinarios relativos a estos jueces (apartado 137). Por lo tanto, el órgano cuyas decisiones fueron examinadas puede ejercer diferentes formas de poder sobre los jueces que examinaron esas decisiones y la mayoría también rechaza este argumento ( apartados 157-164).**

**Al principio, la mayoría se esfuerza (apartados 157-160) en distinguir este caso del Oleksandr Volkov , donde el Tribunal observó que los jueces que habían llevado a cabo la revisión judicial de las sanciones disciplinarias también tenían la jurisdicción disciplinaria del organismo cuyas decisiones controlaban y, por lo tanto, el**

**organismo supervisor no tenía todas las garantías de independencia e imparcialidad. Según la mayoría, este caso se distingue del presente por las circunstancias que concurren y entiende que en aquel concurrían graves deficiencias de naturaleza estructural en el órgano disciplinario del poder judicial "(véase el apartado 158 de la sentencia), mientras que en el presente caso "no se encontraron tales deficiencias graves de naturaleza estructural o apariencia de sesgo en el CSM portugués" (párrafo 160).** De hecho, la Gran Sala considera que en el caso que ahora resuelve, no podía examinar la posible presencia de tales deficiencias debido a la aplicación de la regla de los seis meses (apartado 107) pero como no valida, en términos generales la estructura y el funcionamiento del CSM, deja la puerta abierta a futuras quejas sobre posibles "fallas estructurales" de este organismo<sup>30</sup>.

**Consideran los suscriptores del voto particular concurrente y en parte disidente, que el principio establecido en el párrafo 130 de la sentencia Oleksandr Volkov es plenamente aplicable a este caso. Al igual que en el caso de Ucrania, la revisión judicial de las sanciones disciplinarias se llevó a cabo por jueces del Tribunal Supremo que también estaban sujetos a la competencia disciplinaria del CSM. A este respecto, estamos de acuerdo con el análisis emitido por el tribunal nacional en su opinión separada sobre el marco constitucional y legal en el que se tomaron las decisiones del CSM. La mayoría elige responder al argumento del solicitante de dos maneras. Primero, considera que es "normal" que los jueces se ocupen de los casos, conociendo que es probable que en algún momento de sus carreras se encuentren en una situación similar a la de las partes. "(Párrafo 163). Más precisamente, describe la situación como la de un "riesgo teórico que reside en el hecho de que los jueces en ejercicio permanecen sujetos a un régimen**

---

<sup>30</sup> 9. ...."Or en réalité, la Grande Chambre a estimé dans la présente affaire qu'elle ne pouvait plus examiner la présence éventuelle de telles défaillances en raison de l'application de la règle des six mois (paragraphe 107). Elle n'a donc pas validé de manière générale la structure et le fonctionnement du CSM, elle a laissé la porte ouverte à de futurs griefs quant à de possibles « défaillances structurelles » de cet organe".

**disciplinario".**

**Entienden los disidentes que el problema no es que los jueces de la sección de litigios observen una situación objetiva en la que ellos mismos puedan estar en el futuro, como si fueran a pronunciarse sobre una infracción de contrato, sabiendo que ellos mismos en el futuro podrían incumplir con sus obligaciones contractuales o en un caso de robo, sabiendo que ellos mismos podrían algún día ser robados, etc... El problema radica en el propio marco institucional. Los miembros de la sección de litigios dictaminan sobre decisiones tomadas por individuos que sobre ellos mismos pueden ejercer poder disciplinario. La mayoría rechaza el riesgo de que se inicien procedimientos disciplinarios contra los jueces de la sección de litigios, considerando que solo es "teórico" (párrafo 163) y observan que no hay un "procedimiento disciplinario pendiente" contra los jueces que han examinado las apelaciones del solicitante (párrafo 163).**

**Pero, una vez más, el tema trascendente es el de la imparcialidad "objetiva" y no tanto, la existencia o no de un procedimiento disciplinario contra los jueces del Supremo Tribunal que han examinado el caso. Lo único que importa es la existencia o ausencia de una posibilidad realista de que los jueces de la sección de litigios estén sujetos a procedimientos disciplinarios ante el CSM. Es más que una posibilidad realista: esta hipótesis ya se ha materializado en el pasado. Como la mayoría, consideramos que un procedimiento disciplinario al final del cual los jueces pueden estar sujetos a una sanción, como la del presente caso, debe garantizar la confianza pública en el funcionamiento y la independencia de los jueces. El poder judicial como tal, ya que está en el corazón del Estado de derecho y en el clima actual, no es superfluo reafirmar este principio.**

#### **IV) EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL COMO ÓRGANO DE GOBIERNO DE LOS JUECES EN ESPAÑA**

Dice el art. 122 de la CE de 1978 que:

*1. La ley orgánica del poder judicial determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera, que formarán un Cuerpo único, y del personal al servicio de la Administración de Justicia.*

*2. El 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.*

*3. El Consejo General del Poder Judicial estará integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por veinte miembros nombrados por el Rey por un período de cinco años. De éstos, doce entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales, en los términos que establezca la ley orgánica; cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados, y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión.*

## **1) EL PROCEDIMIENTO DE ELECCIÓN DE LOS VOCALES**

La Ley Orgánica 4/2013 modificó la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial en el aspecto relativo a la elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial.

Dicen los Arts. 566 y 567 de la LOPJ que el Consejo General del Poder Judicial estará integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por veinte Vocales, serán designados por las Cortes Generales del modo establecido en la Constitución y en la presente Ley Orgánica, de los cuales doce serán Jueces o Magistrados en servicio activo en la carrera judicial y ocho juristas de reconocida competencia. Cada una de las Cámaras elegirá, por mayoría de tres quintos de sus miembros, a diez Vocales, cuatro entre juristas de reconocida

competencia con más de quince años de ejercicio en su profesión y seis correspondientes al turno judicial, conforme a lo previsto en el Capítulo II del presente Título.

Sobre el procedimiento de elección, de los Vocales de origen judicial, el art. 573 de la LOPJ señala que cualquier Juez o Magistrado en servicio activo en la Carrera Judicial podrá presentar su candidatura para ser elegido Vocal por el turno judicial, salvo que se halle en alguna de las situaciones que, conforme a lo establecido en esta Ley, se lo impidan, de manera que según señala el art. 578, transcurridos, en su caso, los plazos señalados en el artículo anterior, el Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial remitirá las candidaturas definitivamente admitidas a los Presidentes del Congreso y del Senado, a fin de que ambas Cámaras procedan a la designación de los Vocales de este turno, conforme a lo previsto en el artículo 567 de la presente Ley Orgánica, pormenorizándose que en la designación de los Vocales del turno judicial, las Cámaras tomarán en consideración el número existente en la carrera judicial, en el momento de proceder a la renovación del Consejo General del Poder Judicial, de Jueces y Magistrados no afiliados y de afiliados a cada una de las distintas Asociaciones judiciales debiendo respetar, como mínimo, la siguiente proporción: tres Magistrados del Tribunal Supremo; tres Magistrados con más de veinticinco años de antigüedad en la carrera judicial y seis Jueces o Magistrados sin sujeción a antigüedad. Si no existieren candidatos a Vocales dentro de alguna de las mencionadas categorías, la vacante acrecerá el cupo de la siguiente por el orden establecido en este precepto.

Tales preceptos deben interpretarse de acuerdo con la doctrina que se expuso en la sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno 108/1986 de 29 jul. 1986, rec. 839/1985, que en su fundamento jurídico décimo señala, respecto de la debida formación del CGPJ, que: “se ha señalado antes que la verdadera garantía de que el consejo cumpla el papel que le ha sido asignado por la CE en defensa de la independencia judicial no consiste en que sea el órgano de autogobierno de los jueces, sino en que ocupe una posición autónoma y no subordinada a los demás

poderes públicos. Los recurrentes entienden que nada se ganaría independizando del Gobierno las funciones que asume el Consejo si éstas terminasen desempeñándose por personas ligadas a otro poder, concretamente al legislativo. Por esta vía, atacan la atribución de la propuesta de «todos» los consejeros a las Cortes Generales, de forma que la LOPJ rompería en este punto incluso la «paridad de rango» que deben tener los distintos órganos constitucionales, al subordinar, al menos en cierto modo, el órgano de gobierno del poder judicial al Parlamento. 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 20 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 integrantes 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. En el caso del Consejo todos sus vocales, incluidos los que forzosamente han de ser propuestos por las Cámaras y los que lo sean por cualquier otro mecanismo, no están vinculados al órgano proponente, como lo demuestra la prohibición del mandato imperativo (art. 119.1 LOPJ ) y la fijación de un plazo determinado de mandato (5 años), que no coincide con el de las Cámaras y durante los cuales no pueden ser removidos más que en los casos taxativamente determinados en la ley orgánica (art. 119.2 citado)”.

El decimotercero añade que: “ verdad es que del tono de los debates Constitucionales e incluso de los que tuvieron lugar con motivo de otros proyectos de ley y de la insistencia en tales debates en que los jueces y magistrados elegibles lo sean «de todas las categorías de la carrera judicial» según el texto finalmente aceptado, parece deducirse la existencia de un consenso implícito sobre la necesidad de que los 12

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 cuáles 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 12 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 CE, 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 3/5 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 propuesta olvidan el objetivo perseguido y, actuando con criterios admisibles en otros terrenos, pero no en éste, atienden sólo a la división de fuerzas existentes 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, ya que es doctrina constante de este TC que la validez de la ley ha de ser preservada cuando su texto no impide una interpretación adecuada a la CE. Ocurriendo así en el presente caso, pues el precepto impugnado es susceptible de una interpretación conforme a la CE y no impone necesariamente actuaciones contrarias a ella, procede declarar que ese precepto no es contrario a la CE.

Como señala Manuel Ramírez Jiménez, es tradicional en nuestro sistema Parlamentario, que la Constitución encargue a las Cortes, la elección de los miembros de otros órganos del Estado pero, desgraciadamente, se produce un reparto de cuotas entre los partidos políticos que integran la Cámara parlamentaria sin que el corporativismo, entendido como la incorporación a la vida política en un sentido más amplio del pluralismo, que no solo se expresa a través de los partidos políticos sino por la amplia red existente en la sociedad civil: asociaciones, instituciones o entidades que reflejan intereses privados, que la sociedad considera adecuadas formas de representación y, que de esta forma se transforman en públicos y que actúan de forma democrática se haya abierto camino, ni tampoco la creación de comisiones *ad hoc* que valoren criterios de méritos, capacidad e idoneidad de los candidatos, con plena objetividad y contando con el asesoramiento de expertos que pudieran opinar, informar y valorar. Formas de actuación que nuestra Constitución no impide y, sin embargo, se

encuentran totalmente fuera de la práctica parlamentaria y de los partidos políticos.

**No hemos de olvidar que la democracia representativa tiene unos protagonistas muy concretos, llamados partidos políticos, que tienen carta de naturaleza y respaldo Constitucional y que los órganos políticos del Estado son ocupados por un conjunto de personas que, a su vez, se encuentran integradas en otras organizaciones, y a cuyos criterios y disciplinas se encuentran sometidas, produciéndose, de este modo, la transubstanciación de los partidos políticos en voluntad de Estado, de manera que con relación al Parlamento, hemos de decir que ha perdido su fundamental función de ser el lugar en el que mediante la discusión de los distintos grupos parlamentarios se alcanza, lo que podríamos llamar, la mejor decisión o la mejor ley a aprobar, puesto que cuando empieza el debate Parlamentario, todo o casi todo está ya decidido por la previa postura adoptada en el propio seno de los partidos políticos y se utiliza a la Cámara legislativa para la exposición de lo que se considera más conveniente, que muchas veces poco tiene que ver con lo que realmente se está discutiendo, que ya se ha decidido en el seno de los grupos parlamentarios y antes en el seno de los partidos políticos, produciéndose en el Parlamento una sucesión de monólogos ya sabidos y poco más, con evidente relativización de la verdad política que, tradicionalmente, era concebida como el bien común y sin olvidar tampoco el claro predominio del Ejecutivo en los siglos XX y XXI, frente a la teórica hegemonía de la Asamblea que caracterizó al siglo XIX y a la conformación de nuestro sistema político.**

Es en el seno de estos partidos políticos donde en realidad se toman las decisiones, se nombra a los portavoces, se fijan las líneas concretas de actuación del grupo parlamentario en el hemiciclo, etcétera... de ahí la fuerte dependencia del parlamentarismo al partido, de manera que aunque el diputado representa a la nación entera, depositaria de la soberanía, la realidad es bien distinta porque el partido

es el que lo ha llevado al Parlamento mediante su libérrima inclusión en las listas electorales y ha sufragado los gastos de la campaña electoral y le ha dotado de medios, instalaciones, etcétera... y son los reglamentos de los Grupos, los que suelen establecer el castigo o penalización por incumplir la disciplina del voto<sup>31</sup>.

## **2) LA ELECCIÓN DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

Respecto de la elección del Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial señala el Título III del Libro VIII de la LOPJ que es la primera autoridad judicial de la Nación y ostenta la representación del Poder Judicial y del órgano de gobierno del mismo, correspondiéndole el tratamiento y los honores inherentes a tal condición. La duración de su mandato en tales cargos coincidirá con la del Consejo que lo haya elegido, si bien podrá ser reelegido y nombrado, por una sola vez, para un nuevo mandato.

Para ser elegido Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial será necesario ser miembro de la Carrera Judicial con la categoría de Magistrado del Tribunal Supremo y reunir las condiciones exigidas para ser Presidente de Sala del mismo, o bien ser un jurista de reconocida competencia con más de veinticinco años de antigüedad en el ejercicio de su profesión.

En la sesión constitutiva del Consejo General del Poder Judicial, que será presidida por el Vocal de más edad, deberán presentarse y hacerse públicas las diferentes candidaturas, sin que cada Vocal pueda proponer más de un nombre. La elección tendrá lugar en una sesión a celebrar entre tres y siete días más tarde, siendo elegido quien en votación nominal obtenga el apoyo de la mayoría de tres quintos de los miembros del Pleno; y, si en una primera votación ninguno de los

---

<sup>31</sup> Ramírez Jiménez, Manuel, "Democracia representativa, Parlamento y Poder judicial", *Parlamento y Poder Judicial*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, págs 49-58.

candidatos resultare elegido, se procederá inmediatamente a una segunda votación, exclusivamente, entre los dos candidatos más votados en aquélla, resultando elegido quien obtenga mayor número de votos.

Los artículos 580 y 581 establecen que los Vocales del Consejo General del Poder Judicial no estarán ligados por mandato imperativo, que el ejercicio de esta función será incompatible con cualquier otro cargo público, electivo o no, con la sola excepción en su caso del servicio en el cuerpo a que pertenezcan, resultándoles aplicables las causas de abstención y recusación legalmente establecidas para las autoridades y personal al servicio de la Administración General del Estado, debiendo abstenerse, en cualquier caso, de conocer aquellos asuntos en los que pueda existir un interés directo o indirecto, o cuando su intervención en los mismos pudiera afectar a la imparcialidad objetiva en su actuación como Vocal, sin poder invocar o hacer uso de su condición de tales en el ejercicio de su profesión y se considerará un incumplimiento muy grave de los deberes inherentes al cargo de Vocal, el quebrantamiento de la prohibición impuesta en el apartado anterior, así como la utilización de su condición de tal para cualesquiera fines, públicos o privados, ajenos al adecuado ejercicio de las atribuciones del Consejo General del Poder Judicial. Si una situación de este tipo se produjere, el Pleno, por mayoría de tres quintos, podrá destituir al Vocal infractor.

La STS de 16 de diciembre de 2014, recaída en el recurso 71/2014, señala que la Sala, tras valorar el expediente administrativo, considera que no hay nada en él que le pueda llevar al convencimiento de que los Vocales del CGPJ que votaron al Presidente efectivamente nombrado lo hicieran acatando órdenes imperativas o cumpliendo condiciones y, por tanto, con voluntad torcida y viciada, lo que daría lugar a la anulación de dicho nombramiento. Para la Sala, la voluntad libre de los Vocales no puede ponerse en duda por la existencia de tratos o convenios políticos previos, a la vista de las razones circunstanciadas que todos ellos expusieron como justificación de su voto, y que llevan a la Sala a considerar que obraron con el ánimo de nombrar para el cargo a

un Magistrado del TS que consideraban prestigioso y experimentado. En este sentido señala en sus F. Jdcos tercero y cuarto que:

**“CUARTO.**-Esta transcripción de las actas es muy útil para evitar la impresión que produce la lectura de los escritos de la parte actora de que aquélla elección puede ser sólo la plasmación servil de lo que otras personas habrían sugerido u ordenado previamente a los Vocales; impresión apuntada por la parte demandante al citar como infringido el artículo 581 de la L.O.P.J ., según el cual *"los Vocales del C.G.P.J. no estarán ligados por mandato imperativo"* . (Ningún otro vicio formal o sustantivo --ni la desviación de poder-- se esgrime en este proceso por la parte demandante, lo que permite presumir que ni siquiera esta aprecia su concurrencia). Existencia de un mandato imperativo que habría de conducir necesariamente a la anulación del nombramiento impugnado. Así que el meollo de la cuestión no es si hubo un acuerdo previo entre el Presidente del Gobierno y el Jefe de la Oposición sino si, trasladado hipotéticamente ese acuerdo a los Vocales del C.G.P.J., estos lo asumieron como un mandato imperativo, con voluntad viciada, como cumplimiento de una orden o condición ilegal, con una finalidad (cumplir con lo ordenado por otros) distinta a la fijada para la ocasión por el ordenamiento jurídico (dar cada uno su voto al candidato que en conciencia cree que va a cumplir mejor la alta tarea de Presidente del Tribunal Supremo y del C.G.P.J.); ( artículos 560.1.1<sup>a</sup> y 586 de la L.O.P.J .).

Pero este Tribunal no puede deducir (vistas las actas que se han transcrito) que los 16 Vocales del C.G.P.J. que votaron a favor del Sr. Pelayo lo hicieron como un cumplimiento de un mandato imperativo.

Esa conclusión sería ineludible si se quiere anular el nombramiento impugnado; no basta con aludir a supuestos tratos políticos en otros ámbitos, ni a citar noticias que adelantaron el nombre del elegido antes de la constitución del C.G.P.J., ni poner énfasis en la circunstancia de la existencia de otra candidata al cargo, (cuya existencia, por cierto, demuestra por sí sola que existió para los Vocales una real alternativa); nada de eso basta, porque hay que buscar la posible

causa de anulación del nombramiento impugnado donde únicamente puede estar (y de la que nada dice la parte demandante), a saber, en la propia y específica voluntad de cada Vocal.

**QUINTO.-** Las actas que hemos transcrito, sumamente reveladoras, demuestran que hubo un auténtico debate en el seno del Consejo; que hubo, por ejemplo, alguna Vocal que habiéndose adherido en la primera sesión a favor de la candidata Sra. Juliana votó finalmente al Sr. Pelayo , explicando las razones del cambio; que muchos de los Vocales conocían personalmente al Sr. Pelayo , por haber coincidido con él en el Tribunal Supremo, (algunos incluso en la misma Sección, con deliberaciones conjuntas durante años) en la Audiencia Nacional, en el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en determinadas jornadas sobre Fé Pública Judicial y sobre Justicia y Comunicación, etc., y siendo así las cosas, cabría preguntarnos si la voluntad de estos Vocales expresaba en ese momento el acatamiento a un hipotético mandato imperativo o, por el contrario, estaba reforzada en su determinación lícita por el profundo conocimiento personal y profesional que tenían del Sr. Pelayo .

La voluntad libre de los Vocales que votaron a favor del Sr. Pelayo no puede ponerse en duda a causa de la teórica existencia de tratos o convenios políticos previos, a la vista de las razones circunstanciadas que todos ellos expusieron en su explicación de voto, como se ve en las actas.

Nada de esto se dice en la demanda, pareciendo que esos hipotéticos tratos, regateos o convenios políticos previos, habrían de determinar sin más la existencia de un mandato imperativo, que viciaría en todo caso la voluntad de los electores.

Las cosas no son así. Nada hay en el expediente administrativo que pueda llevar a esta Sala al convencimiento de que los Vocales del C.G.P.J. que votaron al Sr. Pelayo lo hicieran acatando órdenes o cumpliendo condiciones, y, por tanto, con voluntad torcida, sino (según se deduce de las actas) con el ánimo de nombrar para el cargo a un Magistrado del Tribunal Supremo que creían prestigioso y experimentado”

El PP y PSOE señalaron el 11-10-2011 (*ABC*, pág. 26, Nati Villanueva ) que no pactarían quien sería el Presidente del CGPJ hasta negociar los Vocales , lo cierto es que agotado el mandato del anterior Consejo el 24 de Septiembre, el nombre de Lesmes ya aparece como posible Presidente el 2-10-2013 (*ABC*, pág. 28 , Nati Villanueva ). La prensa publicó el 11-11-2013 (*El Mundo*, pág. 15 , María Peral ), que el nombre del Presidente del CGPJ sería tratado por Rajoy y Rubalcaba, señalando este periódico, el día 20-11-2013 (pág. 3), que ya se habían puesto de acuerdo ambos en el nombre del futuro Presidente del CGPJ , y *La Razón*, al día siguiente 21 (pág. 10, F. Velasco ), señaló que Lesmes ocuparía tal cargo. De ahí que el día de su elección, el 9-12-2013, *La Razón* diese como noticia, el hecho cierto de que Lesmes sería nombrado Presidente (pág. 18, F. Velasco ),seguridad que ya daba *El País* el 5-12-2013 (pág. 12, F. Garea y José A. Hernández ). En este sentido, los dos periódicos de mayor difusión (*ABC* y *El País* ), el día 10-12-2013 (págs. 17 y 20 ) señalaban que el nombramiento de Lesmes. Es decir, no sólo es que antes de reunirse los Vocales fuese conocido el nombre del Presidente, como aconteció con el anterior CGPJ<sup>32</sup>, sino que en éste, antes de nombrarse a los Vocales era conocido el Presidente al que estos tenían que nombrar.

Posiblemente en España existan más de 40.000 juristas que reúnan los requisitos para ser nombrados presidente del Consejo General del Poder Judicial, de ellos, más de 100, ya son Magistrados del Tribunal Supremo, por lo que, con una ingenuidad desmesurada, deben considerarse sorprendentes, las dotes adivinatorias de los representantes de los partidos políticos en esta materia. En la renovación del actual Consejo de 2018, igualmente, antes de conocerse a los Vocales y por supuesto de reunirse, los representantes de los partidos políticos dieron a conocer el nombre del futuro presidente del Consejo.

---

<sup>32</sup>Así lo acredita inexorablemente el hecho de que antes de reunirse los Vocales elegidos por el Congreso y el Senado para la elección de su presidente, el nombre de este ya fuese facilitado a los medios de comunicación por el Presidente del Gobierno, Rodríguez Zapatero con el beneplácito del Jefe de la Oposición Parlamentaria Rajoy Brey.

Como señala el TEDH en numerosísimas sentencias, entre la que se encuentra la que comentamos ( apartado 149), **las apariencias pueden ser importantes o, como recoge el dicho en inglés “*justice must not only be done, it must also be seen to be done*”**,(es necesario no solo que se haga justicia, sino que así sea a vista de todos) (De Cubber v. Bélgica, 26 de octubre de 1984, § 26, Serie A), por la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los ciudadanos.

Queremos señalar que en muchas ocasiones, los jueces utilizamos lo que el artículo 6 del Código Civil establece con relación al fraude de ley ( no en vano se hace figurar en el Título Preliminar),es decir, supuestos en los que formalmente parece una determinada cuestión que aparenta ser conforme a Derecho pero que, en atención a su espíritu y circunstancias de fondo, lo contravienen realmente, y así sucede normalmente en materia tributaria y de seguridad Social, por ejemplo, cuando se utilizan sociedades que actúan de manera correlativa como empresarias en el ejercicio de una misma actividad empresarial, con el mismo domicilio, socios, asesores, etc... de manera que, a pesar de que formalmente se trata de personalidades jurídicas diferentes, de las responsabilidades tributarias y de seguridad social de las primeras responden también las sucesivas, ocurriendo, frecuentemente, supuestos tributarios con sociedades pantalla para la obtención de beneficios fiscales propios del ejercicio de una actividad, cuando lo son de mera tenencia de bienes. Un sinfin de supuestos en los que se utiliza el expediente del fraude de ley en que, aparentemente, se cumple la ley pero en el fondo las consecuencias no son las que el Derecho exige.

Nótese que la Sala del Tribunal Supremo realizó un especial esfuerzo en señalar que uno de los Vocales que originariamente votó a una determinada candidatura, posteriormente lo hizo a la otra pero no tiene presente el elemento esencial más evidente y llamativo discutido, cual es que precisamente se había votado por los Vocales



**al candidato que habían indicado los representantes de los partidos políticos y, en esas circunstancias, lo relevante no es tanto el carácter imperativo de tal decisión sino que *de facto* se siguiera esta indicación, que contraviene el espíritu de la STC 108/86 citada: “se ha señalado antes que la verdadera garantía de que el consejo cumpla el papel que le ha sido asignado por la CE en defensa de la independencia judicial no consiste en que sea el órgano de autogobierno de los jueces, sino en que ocupe una posición autónoma y no subordinada a los demás poderes públicos” F.JDCO Décimo señalado y **que constituye Derecho aplicable al caso.****

## **V) EL RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA Y EN UN ESTADO DE DERECHO**

### **1) LOS DERECHOS HUMANOS CONSTITUYEN EL FUNDAMENTO DEL ORDEN POLÍTICO Y LA PAZ SOCIAL**

La persona constituye el origen y debe ocupar el centro del Derecho. En este punto, los textos Constitucionales suelen ser radicales y por ello, el artículo 10 de nuestra Constitución Española de 1978 señala que la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y el respeto de los derechos de los demás son el fundamento del orden político y de la paz social. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

### **2) LA PERSONA CONSTITUYE EL ORIGEN Y DEBE OCUPAR EL CENTRO DEL DERECHO**

Los derechos humanos nacen de la dignidad humana y es un atributo irrenunciable de la personalidad, como se reconoce en la Declaración Universal de los Derechos Humanos del siglo XX y en todas las Constituciones de los países de Europa.

La persona es una realidad natural y no una construcción jurídica creada por la ciencia del Derecho, ya que es la persona quien ordena el Derecho, en tanto ser racional y libre.

El Derecho nace de la persona y no del Estado. Todo Derecho nace de la persona y sin apoyarse en la misma, que constituye su eje, pierde su razón de ser.

El hombre no es un ser perfecto que se baste a sí mismo sino que para satisfacer sus variadas necesidades ha de vivir en sociedad, la cual exige un orden y una organización, una reglamentación de las relaciones que constituyen su trama para que las actividades individuales, disciplinadas y armónicamente coordinadas puedan dirigirse a la consecución del bien común, de manera que este orden, para cumplir sus fines, ha de ser impuesto obligatoriamente a todos los que forman parte de esa sociedad, debiendo alcanzar también la meta de la justicia.

La persona humana es la protagonista del Derecho, el sujeto de Derecho por excelencia. Tal y como ya recogía Justiniano en sus *Instituciones* ( 1 , 2 , 12 ), poco se puede saber del Derecho si se ignora a la persona, por lo que se puede afirmar, sin ningún género de duda, que el Derecho procede de la persona. Sin Estados hay Derecho, lo hubo durante siglos; sin personas, en cambio, el Derecho no puede existir<sup>33</sup>. Pero es más, ¡ qué poco recorrido y fundamento tiene un Derecho que no tiene presente este fundamento, y qué cantidad de problemas creará este sistema normativo, en vez de resolverlos!

Pero en el caso que nos ocupa y siendo determinante el debate de los derechos humanos, la cuestión adquiere especial naturaleza sobre la base del razonamiento que llevan a cabo las sentencias referidas del

---

<sup>33</sup> Domingo Oslé, Rafael, *¿Qué es el Derecho Global?*, Premio Rafael Martínez Emperador, 2007, Consejo General del Poder Judicial, Centro Documentación Judicial, 2008.

TEDH, relativas a las consecuencias que conllevan tales cuestiones del estatuto judicial en el marco del Estado de Derecho, cuya independencia es esencial para caracterizar al Estado como tal.

### **3) LA EFICACIA JURÍDICA DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, LA VINCULACIÓN QUE PRODUCEN SUS TRATADOS EN EL ESTATUTO DE LOS JUECES Y LA EFICACIA VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH.**

Antes de 1950 ya existían declaraciones y tratados internacionales que afectaban a los derechos humanos pero tras la desastrosa experiencia de la Segunda Guerra Mundial resultó manifiesta la estrecha relación entre el Estado democrático de Derecho y el respeto de los derechos humanos, entre el reconocimiento y protección de esos derechos y la estabilidad interna de un país, considerándose que la situación de los derechos humanos no era exclusivamente un problema interno, como desde el S.XIX se venía creyendo, sino que afectaba directamente a las relaciones internacionales y a la postre a la paz mundial. Por la acreditada falta de mecanismos para hacer eficaz el respeto los derechos humanos en el ámbito interno por parte de los Estados se firmó el Convenio Europeo de Derechos Humanos pero no como hasta entonces, con meros efectos programáticos o declarativos sino con plenos efectos jurídicos.

El Convenio Europeo de derechos humanos supone la garantía internacional de protección de determinados derechos fundamentales, mediante la asunción por los Estados Partes en el tratado internacional, de unas obligaciones que pueden ser exigidas no solo por los Estados contratantes particulares, sino con la garantía complementaria y no sustitutiva de la obligación de protección, que incumbe a todos los Estados de Derecho, condición *sine qua non* la del respeto de los derechos humanos, precisa para ser admitido como miembro del Consejo de Europa.

España, firmó y ratificó a finales de la década de los 70 del siglo pasado, las disposiciones del Convenio que son autoejecutivas y

cualquier persona puede invocarlas ante los Tribunales y Autoridades administrativas directamente para reclamar su cumplimiento, ya que forman parte del ordenamiento interno según se deduce del artículo 96.1 de la Constitución Española.

Fue a causa de la insuficiencia del sistema doméstico de protección interna de los derechos fundamentales, de donde surgió la necesidad de complementar por medios supranacionales de control, que obligaran a los Estados a respetar realmente los derechos humanos, motivo por el que se otorgó eficacia jurídica a este Convenio y a sus órganos<sup>34</sup>.

Queremos destacar el paso de gigante, que no se puede ignorar por parte de los jueces ni de las autoridades españolas, que supuso el efecto jurídico de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y que no se pueden ignorar por la autoridades y funcionarios responsables o su efecto equivalente de no aplicación o ignorancia.

No debemos olvidar que el mundo de los juristas es el del deber ser, motivo por el cual, los jueces se pronuncian a través de sentencias declarativas de conformidad o disconformidad a Derecho, constitutivas o de condena, ya que para lo que la sociedad los creó fue para constatar determinada realidad, tras pasarla por el tamiz del ordenamiento jurídico.

Ya el Código Civil tuvo que señalar que la ignorancia de las leyes no exime de su cumplimiento, lo que en aquella época iba destinado a la ciudadanía, pero en el caso de tratados internacionales con efectos jurídicos vinculantes, también debe predicarse de los Estados contratantes y, por ello, los Estados contratantes deben amoldar su conducta a los mismos.

**De lo expuesto podría deducirse que vivimos en un Estado de Derecho, en el que parece que no se hace lo que prescriben las normas jurídicas, cuya claridad e interpretación es explícita.**

---

<sup>34</sup> Morenilla Rodríguez, José María, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos: ámbito, órganos y procedimiento*, Ministerio de Justicia, 1985, pp. 19- 22.

**Destacan los ingleses que de poco vale tener una Constitución y los derechos fundamentales claramente plasmados por escrito en un libro muy bien encuadernado, previamente votado si, posteriormente, esta mentalidad no se siente y practica por la ciudadanía y los poderes públicos, motivos que considero constituyen la razón, por la que los consideremos un ejemplo a seguir dentro del Constitucionalismo y del respeto de los derechos humanos.**

**Debemos ir haciendo los cálculos de las exigencias que establecen los tratados internacionales que resultan obligatorios para España, la actuación de nuestro Estado en el campo de los derechos humanos y la función que debe desempeñar el poder judicial dentro del Estado de Derecho para poder ser calificado como tal. Y conexo con lo anterior, preocuparnos por el estatuto de los jueces, que afecta a estos elementos de consideración política.**

En el informe de GRECO del Consejo de Europa de 2018 se pide a España una reforma del modo de designación de los miembros del C.G.P.J. basado en un consenso parlamentario, de forma que los doce miembros de procedencia judicial sean directamente elegidos por los Jueces, con un refuerzo de las condiciones de la carrera judicial, mejorando los procesos de nombramiento y promoción, y reconsiderando la relación entre política y justicia, con supresión de los nombramientos de jueces por los parlamentos regionales.

Una de las modificaciones claves consiste en que los doce miembros del Consejo de procedencia judicial sean elegidos directamente por sus pares y la necesidad de que las autoridades políticas no intervengan en ninguna fase del proceso de selección de los miembros de la judicatura. Ello es necesario, no solo para remediar las críticas vertidas actualmente en el mismo seno de la Carrera judicial sino también para fortalecer la confianza de los ciudadanos en el sistema judicial en su conjunto, constatándose que nada se ha avanzado en la recomendación VI relativa a la regulación de los nombramientos de altos cargos

judiciales, que no ha sido cumplida, al no haberse incluido en la regulación legal, los criterios objetivos que habían de implantarse.

Las sentencias a que nos hemos referido van más allá, y de meros consejos o recomendaciones, los transforman en razones jurídicas de decisión en el campo de los derechos humanos y de esencia propia del Estado de Derecho, por la importancia que desempeña la independencia judicial en su concepción de Estado de tal carácter.

Como expuso en su día el maestro García de Enterría<sup>35</sup>, la primera gran cuestión que hemos de tener clara las personas que vivimos al amparo organizativo del Estado Social de Derecho, es que no cabe contraponer el principio democrático con el de legalidad. Ninguna autoridad puede invocar su origen democrático para infringir la ley, toda vez que la primera aplicación del principio democrático es ser gobernado por las leyes y no por los hombres, como recoge el Preámbulo de nuestra Constitución de 1978.

**Dejando aparte cuestiones más complejas respecto de la función que debe desempeñar el Derecho en el control de los poderes públicos y la subversión que de este concepto realizó la Revolución Francesa, especialmente importante por su influencia en los países Continentales, realizándola a través de la ley, dejando impracticable el control del Estado por el Derecho, dado que, realmente, se encuentran en la misma mano el controlador y el controlado; la necesidad de volver a nuestra tradición jurídica en que el Derecho servía de control al poder público a través del concepto natural de justicia (por eso se dijo que el juez debía ser la boca muda que pronuncie las palabras de la ley, a la que se circunscribía el Derecho ahora); y la constatación de que los países de *common law* ( 1/3 de la Humanidad) crecen más económicamente, según constata el Banco Mundial, han acreditado una mayor resistencia a la voluntad popular desbocada totalitaria, constituyen las vanguardias de los instrumentos jurídicos económicos que maneja la sociedad (a través**

---

<sup>35</sup>. Cit. José Bermejo Vera (Director), *Derecho Administrativo. Parte Especial*, Madrid, 1993, preámbulo.

**de la *actio*) y como señala Friedrich A. Hayek<sup>36</sup> , el ideal de la libertad individual parece haber prosperado más en los países donde el Derecho de origen jurisprudencial predominó durante largos periodo de tiempo. Al menos, no incurramos en los defectos tan llamativos y constatados de forma expresa a que se refieren las sentencias que traemos a colación.**

---

<sup>36</sup> Friedrich A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, reimpresión, Londres, 1993, V. I, *Rules and Order*, pág, 94.