

TJ y del TG o la contribución del TG a la Conferencia Intergubernamental de 1996. En el capítulo se valoran también las consecuencias de la puesta en práctica de las medidas propuestas (o, en su caso, las razones por las que estas propuestas o algunas prácticas han caído en desuso), y se analizan los documentos elaborados en 2011 por ambos tribunales para la mejora de su funcionamiento.

Este capítulo segundo es, como puede apreciarse, un capítulo de engarce, que tiene como resultado dotar de perspectiva y de profundidad a la obra. Ésta, como su título indica, realiza el análisis de la invocación del plazo razonable ante el TJ. Sin embargo, por las razones expuestas, el libro supera el contenido enunciado para convertirse tanto en un estudio sobre el modo en que los cuatro sistemas de protección de derechos que afectan a la UE y a sus Estados miembros incide sobre la configuración definitiva del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en el DUE, como en una reflexión sobre el sistema jurisdiccional de la UE.

Santiago Ripol Carulla
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad Pompeu Fabra
Letrado del Tribunal Constitucional

SORIANO GARCÍA, José Eugenio: *El poder, la Administración y los jueces. (A propósito de los nombramientos por el Consejo General del Poder Judicial)*; Iustel, Madrid, 2012, 312 págs.

Esta obra, sobre el poder, la Administración y los jueces, aparece estructurada en dos partes. En la primera, la más extensa, se analiza la posición del juez en el Estado social y democrático de Derecho. Y en la segunda, se analiza y censura el quehacer del órgano de gobierno del Poder Judicial tomando como punto de referencia cuál ha sido su actividad en el ámbito de la promoción profesional discrecional de jueces y fiscales. La obra, además de su indiscutible valor científico, se ocupa así de una cuestión importantísima por la estrecha relación que mantiene con el principio de la independencia judicial y el Estado de Derecho.

Sin embargo, y a pesar de la relevancia del tema en cuestión, la doctrina no se ha ocupado especialmente de la misma hasta fechas relativamente recientes, coincidiendo, por cierto, con una revisión de la jurisprudencia de la Sala III de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo sobre el asunto. Así pues, este texto representaría un ejemplo, muy valioso, del proceso doctrinal y jurisprudencial que está buscando limitar y controlar estas facultades del Consejo General del Poder Judicial.

La primera parte del libro se apoya en la idea de la independencia judicial como instrumento imprescindible para garantizar una actuación judicial racional y *secundum legem* y permitir así la configuración del judicial como un auténtico poder capaz de limitar al resto de poderes a través de su sumisión al Derecho. En la contraposición Derecho-poder, corresponde al juez garantizar la sumisión del poder al Derecho, y el

desempeño eficaz de esta tarea exige que su figura se revista de un determinado status de independencia o ausencia de subordinación en el ejercicio de su función. Así entendida, la independencia del juez no puede ser considerada un privilegio de casta, sino una garantía para los derechos de los propios justiciables frente a actuaciones del poder al margen del ordenamiento jurídico formal y/o sustancial.

De cualquier forma, se advierte de que la configuración del judicial como auténtico poder no implica apostar por un modelo de juez activista e incontrolado, sino, bien al contrario, recuperar el papel de la Ley y del Juez como aplicador de la misma: «*Lo que no cabe, porque hunde la seguridad jurídica, es la mera interpretación valorativa o la ideológica, en la que el Juez se sustituya en el papel del legislador, del gobierno o inclusive se erija en puro y genuino intérprete social que por su cuenta modifique el significado de las palabras, de los términos, en fin, de las reglas*». Y se afirma que los principios generales del Derecho tienen más virtud de sujeción que de liberación del espacio judicial y son capaces de vincular al juez a una interpretación técnica de la que le resultará difícil escapar.

Yo diría, por tanto, que este autor, dentro de las tres grandes corrientes del pensamiento jurídico de los últimos dos siglos (formalismo puro, antiformalismo puro y positivismo moderado), apuesta por un concepto de Derecho muy cercano a la ideología del formalismo puro en tanto en cuanto parece entender el ordenamiento jurídico, el Derecho, como un orden completo y cerrado en el que no es posible —o al menos resulta muy difícil— vislumbrar la existencia de lagunas y antinomias y que resulta propicio —no lo dice expresamente pero así se desprende de las afirmaciones que vierte en el texto— para ofrecer la unidad de solución correcta. Y, desde aquí, lógicamente, no puede sino defender una concreta posición de la interpretación jurídica en virtud de la cual presenta la tarea judicial, principalmente, como una tarea consistente en descubrir o declarar el significado de las disposiciones normativas.

En mi opinión, sin embargo, esta tesis, tan poco matizada, discurre muy alejada de lo que acontece en la realidad de la actividad judicial. La función jurisdiccional que desarrollan jueces y magistrados presenta una incuestionable *naturaleza mixta*. Por una parte, se desarrolla como una actividad de carácter eminentemente técnico, en tanto en cuanto las actividades probatoria y aplicativa del Derecho que realiza el operador jurídico aparecen predeterminadas por la aplicación del criterio de la racionalidad y por el propio ordenamiento jurídico. Pero, por otra, tampoco se trata de una actividad de carácter exclusivamente técnico, como se pone de manifiesto con la asunción del principio de la libre valoración de la prueba y la superación de la tesis mecanicista de la interpretación jurídica que se sustentaba sobre la presunta existencia de un ordenamiento jurídico perfecto.

En la actualidad, hay que reconocer la naturaleza normativa en la actuación del juez porque su actividad no aparece —y es imposible que aparezca— predeterminada en todos sus extremos. El principio de la libre valoración de la prueba y la consagración de la tesis de la discrecionalidad judicial implican, en definitiva, la existencia de un cierto margen de libertad en el juzgador para concretar la solución de un caso concreto, lo cual finalmente le va a permitir reflejar en la sentencia su propia sensibilidad al res-

pecto. No querría, en todo caso, transmitir la impresión de que defendiendo un modelo de juez activista e incontrolado. Al contrario, constatar esta realidad, que no puede ser otra habida cuenta la morfología del Derecho, y especialmente la morfología del Derecho en el Estado constitucional posterior a la segunda Guerra Mundial, me lleva a pensar en la necesidad de afinar los instrumentos de justificación de las decisiones judiciales para proporcionar al juez una legitimación democrática que por conducto representativo no posee y garantizar una previsibilidad suficiente en la aplicación del Derecho que permita realizar el principio fundamental de la seguridad jurídica.

El autor, por otro lado, discute que disfrutemos de un auténtico Poder Judicial, y, así, lo adjectiva como Poder Judicial «eclipsado» que, con carácter general, estaría permitiendo la inmunidad de políticos y poderosos que *«Se saben inmunes y están al tanto de que solamente cuando se produzcan tensiones y conflictos internos, tendrán algún motivo de preocupación, que llega a traducirse en realidad, cuando lo que se produce es la instrumentación del Poder Judicial por competidores políticos. Éste realmente, es el único supuesto en que, desviado de su función, consecuencia de la instrumentación que normalmente se realiza vía Ministerio Fiscal dada la subordinación jerárquica del mismo al Ejecutivo, el Poder Judicial hace al poderoso vulnerable. Pero no es tanto consecuencia de una acción independiente de la Justicia, como del impulso político de otro partido apoyado en los medios de comunicación. Excepciones hay, pero son las menos, las que cuentan poco»*.

Reprueba duramente el Estado de Partidos y acusa a los partidos políticos como principales artífices de la instrumentalización de la justicia y su Consejo. Y esta crítica acerada se extiende, sin compasión, a las Asociaciones judiciales, brazos ejecutores de la ideología de los partidos afines, que no solo estarían ejerciendo su influencia para lograr situar a sus afiliados en los altos cargos del Poder Judicial, sino que incluso y en una especie de «activismo asociativo» incontrolado, habrían llegado al extremo de indicar a sus miembros cómo interpretar el Derecho y cómo, por tanto, ejercer una función jurisdiccional que compete exclusivamente a Jueces y Magistrados a tenor de lo dispuesto en el artículo 117 del texto constitucional.

El diagnóstico está pues claro. Y para el profesor también está clara la solución coincidiendo en este punto con las propuestas de García de Enterría y distanciándose de aquéllas otras formuladas por Parejo Alfonso. Resulta absolutamente necesario recuperar el Estado de Derecho y fortalecer el papel del judicial.

Con relación a la primera cuestión, discute que el Estado de Derecho sea distinto del Estado social y democrático. Y no puedo estar más de acuerdo con él en este punto. El Estado liberal de Derecho, aun manteniendo en la actualidad los elementos básicos que nos permiten continuar definiéndolo como Estado de Derecho —la libertad del individuo como finalidad y la institucionalización de determinados elementos organizativo-procedimentales para su garantía—, ha recibido considerables aportaciones a raíz de los procesos de democratización y socialización del mismo, que han ido completando y concretando su contenido sin renunciar a su carácter diferencial: la justicia de base personalista que pone en el eje del sistema al individuo a través de la sumisión del poder al Derecho. Defiende, entre otras cosas, el principio de la vinculación positiva de

la Administración al Derecho (sometimiento *pleno* de la Administración a la Ley y al Derecho), critica la actividad independiente o *praeter legem* de la Administración y que la discrecionalidad se aplique en el general del actuar administrativo cuando la tendencia debería ser limitarla al máximo y utilizarla únicamente de forma excepcional. Se hace precisa, a su juicio, una vuelta al Derecho clásico porque se ha liberado a la Administración de la Ley y se ha producido un abandono del garantismo propiciando la aparición de la corrupción y de continuos escándalos.

Con relación a la segunda cuestión, plantea la necesidad de reformar la justicia buscando fortalecer al juez. Aboga por buscar soluciones que garanticen la rapidez en la resolución de los asuntos judiciales («*si los actos de la Administración tuvieran rápida fiscalización por los tribunales se habría producido una «revolución silenciosa» que determinaría un vuelco completo en las relaciones de poder entre la Administración y los ciudadanos»*) y por suprimir el Consejo a través de una reforma constitucional. Si bien, y a sabiendas de las dificultades del éxito de esta última propuesta, como alternativas, plantea la necesidad de devolver a los miembros de la Carrera Judicial el nombramiento de los vocales del Consejo de origen judicial (la elección parlamentaria de todos los vocales los habría convertido en meros «agentes políticos»), y se centra especialmente en la necesidad de recurrir al Derecho Administrativo para diseñar un concurso de méritos que garantice que el mérito y la capacidad sean los únicos elementos a tomar en cuenta en la provisión de los nombramientos de los altos cargos del Poder Judicial permitiendo, de esta forma, que se produzca una fiscalización judicial completa de la asignación definitiva de las plazas.

Precisamente, la segunda parte de la obra se centra en esta última cuestión. Comienza con una idea compartida por la práctica totalidad de la doctrina denunciando el absoluto descrédito del órgano de gobierno del Poder Judicial debido a la utilización de la política —y no del Derecho— como pauta en su actuación, especialmente en lo que hace a este tipo de nombramientos donde jamás la transparencia habría estado presente ni los principios de mérito y capacidad habrían funcionado como los elementos valorados para su provisión. *Sensu contrario*, la opacidad y la *Freundschaft* y/o confianza política habrían sido los elementos determinantes para dicha provisión (como se demostraría con el reparto de los puestos judiciales en proporción a las cuotas de poder de los vocales en el Consejo y las pocas posibilidades de los Jueces y Magistrados no afiliados de acceder a estos puestos a pesar de su número).

Esta praxis, por otro lado, habría venido justificada por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, el cual, durante una primera fase, que se habría extendido desde el nacimiento del órgano hasta el año 2005, equiparó estos cargos judiciales con los de libre designación y aceptó que el criterio de la decisión del Consejo fuera puramente ideológico en tanto en cuanto dependía exclusivamente de la confianza depositada en los candidatos. De esta forma, solo la autoridad de la que dependía el nombramiento podía apreciar la existencia de dicha confianza y no precisaba, por tanto, realizar una exposición de los motivos que apoyaban su decisión (únicamente debía justificar el cumplimiento de los elementos reglados en el acto). Se trataba, por lo demás, de una decisión no susceptible de fiscalización en vía judicial. La sentencia del Tribunal Supremo de

11 de enero de 1997 sería, en su opinión, la decisión que de forma más clara vendría a poner de manifiesto esta inicial posición sumisa del máximo intérprete de la legalidad ordinaria con el poder (si bien Soriano García elogia el voto particular que la acompaña y contradice y que probablemente habría constituido el acicate de la posterior rectificación de esta posición del Supremo).

Y es que, en efecto, más adelante, en el año 2005, se puede situar el comienzo de una segunda fase en la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo sobre el control de este tipo de decisiones del Consejo, que alcanza su punto álgido en el año 2007 y se prolonga hasta el año 2011. En este momento, el Supremo habría reaccionado frente a la arbitrariedad del Consejo afirmando que cuando hablamos de nombramientos de altos cargos judiciales no hablamos de puestos de libre designación, ni, por tanto, la confianza personal debe ser el criterio para proveer las plazas. Tampoco se trataría de un concurso, pues la valoración última de la idoneidad de los aspirantes sería, según el Tribunal, irreductible a un baremo preestablecido. En todo caso, y aunque se continua reconociendo un amplio margen de libertad de apreciación por parte del Consejo, se afirma que el nombramiento de estos puestos judiciales debe atender a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad y que, por consiguiente, debe venir motivado y resulta susceptible de control judicial. Y, por cierto, sosteniendo, en algunas de sus decisiones, que la motivación debe presentar una naturaleza formal pero también sustancial de tal manera que evidencie las razones de hecho y de Derecho que indican que el nombramiento se ha realizado conforme a criterios de razonabilidad y juridicidad.

Ahora bien, para el autor, aun reconociendo que en los últimos tiempos se ha ido amalgamando un depósito de buena jurisprudencia destinada a frenar los despropósitos del órgano de gobierno del Poder Judicial en este ámbito, la juzga todavía insuficiente (se refiere a una última etapa en la que el Tribunal habría caído en un cierto conformismo que le impediría continuar avanzando en la línea correcta). A su juicio, el Supremo, al reconocer la existencia de cierto margen de discrecionalidad al respecto por parte del Consejo, merodea el resultado correcto pero sin atreverse a entrar en él. Y el resultado correcto, en su opinión, tiene que ver con la necesidad de reconducir este tipo de nombramientos a un baremo propio de los concursos de méritos evitando así el empleo de la discrecionalidad judicial en la provisión de este tipo de plazas que pasaría a regirse, de esta forma, por un procedimiento exclusivamente reglado (aunque reconoce que el concurso de méritos también deja abierto cierto margen de apreciación a la hora de evaluar según baremo). Incluso más, si el baremo llega a estar reglado y el caso es claro, *«no sería imposible que, eliminado el anterior [de la lista de candidatos, se entiende], el siguiente pudiera ser designado por la Sala»*, sin necesidad, por tanto, de reenviar el asunto al Consejo General del Poder Judicial para que vuelva a resolver.

Es discutible, en mi opinión, atribuir la responsabilidad de concretar un baremo propio de un concurso de méritos para proveer estos puestos judiciales al máximo intérprete de la legalidad ordinaria (como parece sugerir el profesor Soriano García). La opción por este mecanismo debe proceder del poder legislativo, y, mientras tanto, la

posición del Tribunal Supremo, sometiendo la necesidad de justificar los nombramientos conforme a los principios de mérito y capacidad, y estableciendo que, a partir de ahí, el empleo de la discrecionalidad existente deba reconducirse a la satisfacción de algún valor o principio constitucional no me parece descabellada. No se trata, como dice al autor, de «misteriosos» elementos que se juzguen relevantes frente al mérito y la capacidad, sino de valores o principios constitucionales que se pueden —incluso se deben— tener en cuenta en la provisión de la plaza una vez que se ha superado el filtro del mérito.

En todo caso, es verdad que resulta necesario objetivar, en la mayor medida posible, los procesos de nombramiento de los altos cargos del Poder Judicial. A mayor objetivación, mayor garantía de respeto al principio de la independencia judicial interna (aquella cuya lesión puede proceder de actuaciones de otros jueces y magistrados o de los propios órganos de gobierno del Poder Judicial, incluido el Consejo). En concreto, esta objetivación implica que se concreten los méritos que van a determinar el proceso de selección y los criterios de valoración de los mismos. Por lo demás, los méritos previstos deben adecuarse a los perfiles profesionales propios del cargo sobre cuya provisión se esté decidiendo (parece que la previsión y valoración de los méritos no debe ser exactamente igual cuando se trata de nombrar a un Magistrado del Tribunal Supremo —cargo de naturaleza jurisdiccional— que cuando se trata de nombrar, por ejemplo, a un Presidente de un Tribunal Superior de Justicia —cargo de naturaleza gubernativa—). Esta tarea no es fácil pero tampoco resulta imposible. Y, como afirma Soriano García, resultará necesario, si se decide proceder a la fijación de estos criterios estandarizados de selección y valoración, aplicar el Derecho administrativo.

Ahora bien, el esfuerzo de objetivación en este ámbito, consistente en la fijación de estándares de selección y valoración atendiendo al criterio meritocrático, se encuentra sometido a límites.

En primer lugar, porque como también reconoce el autor de la obra que recensiono, no resulta posible, en la mayoría de las ocasiones, eliminar completamente el margen de apreciación del órgano decisor (aunque se hayan prefijado los méritos y su sistema de valoración para la provisión concreta de un puesto). Es decir, habitualmente queda espacio para lo opinable incluso en el ámbito de las cuestiones técnicas y ello aun cuando se haya extremado el celo durante el proceso de objetivación. Y, en segundo lugar, porque una vez satisfecho el filtro meritocrático, puede —incluso debe— resultar preciso satisfacer la consecución de determinadas finalidades, no «misteriosas» sino legítimas desde un punto de vista constitucional, para la provisión de estas plazas. He tenido ocasión de pronunciarme, por ejemplo, con relación al nombramiento de los Magistrados del Tribunal Supremo. A mi juicio, la solución pasaría por concretar, de forma precisa y transparente, unos criterios de promoción adecuados a la cualificación técnica precisa para el desempeño de los puestos vacantes, así como los correspondientes procedimientos de medición, si bien, superados determinados baremos establecidos de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, sería necesario mantener cierta discrecionalidad en el Consejo para que éste pueda proceder a buscar una composición plural en la cúspide del sistema judicial (que resulta necesaria si se comparte la idea

de una función jurisdiccional de naturaleza mixta, descriptiva pero también en cierta medida normativa, que permite al operador jurídico reflejar en la sentencia su propia sensibilidad).

Este tema no está, por tanto, ni mucho menos cerrado. Y esta obra del profesor Soriano García, y, pienso, las reflexiones que realizo intentando matizar algunas de sus conclusiones, así lo atestiguan. En todo caso, se trata de observaciones de una profesora que ama su profesión y que tiene todavía mucho que aprender. Por ello me gustaría aprovechar estas líneas para transmitir mi más sincero agradecimiento a todo ese grupo de maestros que con sus obras, como lo ha hecho el profesor José Eugenio Soriano García, me dan la oportunidad de continuar mejorando.

M.^a Luz Martínez Alarcón
Profesora Titular Doctora de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha