

POLÍTICA, INDEPENDENCIA Y AUTOGOBIERNO JUDICIAL: CUATRO MIRADAS

Politics, independence and judicial self-government: Four perspectives

RAFAEL BUSTOS GISBERT

Universidad Complutense de Madrid

rafabust@ucm.es

Cómo citar/Citation

Bustos Gisbert, R. (2022).

Política, independencia y autogobierno judicial: cuatro miradas.

Revista de Estudios Políticos, 198, 93-120.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.198.04>

Resumen

En este ensayo se examina la cuestión del autogobierno del poder judicial desde la óptica de la independencia judicial entendida esta como un principio con tres vertientes: subjetiva (como derecho), objetiva (como principio de organización del Estado) y estatutaria (como principio inspirador del estatuto jurídico de los jueces). El autogobierno sería el elemento básico de la dimensión objetiva de la independencia judicial. El estudio se articula desde cuatro puntos de vista. Primero el de la Constitución de 1931, en cuyos debates se discutió en profundidad el concepto de autonomía judicial. En segundo lugar, el de la evolución de la definición del concepto en Europa con la clara preferencia en favor de un modelo de consejo judicial de tipo italiano para la articulación de la independencia. En tercer lugar, se estudia la crítica a ese modelo tanto teórica como práctica. En cuarto lugar, y de manera conclusiva, se propone un punto de vista que identifique los elementos mínimos del autogobierno judicial para garantizar la independencia del poder judicial sin eliminar la legitimación democrática que éste ha de mantener.

Palabras clave

Independencia judicial; autogobierno; Constitución de 1931; consejo judicial; parámetros europeos; desconcentración de funciones.

Abstract

This paper addresses judicial self-government from the standpoint of judicial independence. Here judicial independence is understood as a three-pronged principle: subjective (as a right), objective (as a principle of state organisation) and statutory (as a principle inspiring the legal status of judges). Judicial self-government should be understood as the core element of the objective dimension of judicial independence. The study is articulated from four perspectives. First, the 1931 Constitution, in whose debates the concept of judicial autonomy was discussed in depth. Secondly, the evolving definition of the concept in Europe, with a clear preference for an Italian-style judicial council model for the establishment of independence. Thirdly, the critique of this model, both theoretical and practical, is discussed. Fourthly and finally, a concluding proposal is put forward to identify the minimum elements of judicial self-government needed to guarantee the independence of the judiciary without erasing the democratic legitimacy that the judiciary must ultimately retain.

Keywords

Judicial independence; self-government; 1931 Constitution; judicial council; european standars; functional decentralisation.

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO: EL CONCEPTO DE INDEPENDENCIA JUDICIAL. II. UNA MIRADA AL PASADO: LA AUTONOMÍA JUDICIAL EN 1931. III. UNA MIRADA A EUROPA: UN MODELO DUAL CONSTRUIDO EN VARIAS FASES: 1. Fases en la construcción de los estándares europeos. 2. Un modelo *tolerado* frente a un modelo *preferido* de autogobierno judicial en Europa. IV. UNA MIRADA CRÍTICA AL MODELO *PREFERIDO* EN EUROPA (ESPECIALMENTE EL MARCO DE LOS MOVIMIENTOS ILIBERALES): 1. Las críticas al modelo *consejo*. 2. La ineficacia de los consejos ante las regresiones del Estado de derecho. V. UNA MIRADA PROPOSITIVA: POLÍTICA, INDEPENDENCIA Y AUTOGOBIERNO. *BIBLIOGRAFÍA*.

I. PLANTEAMIENTO: EL CONCEPTO DE INDEPENDENCIA JUDICIAL

En este trabajo no se pretende hacer una exposición crítica del sistema de autogobierno judicial español. Hay trabajos de gran calidad en la literatura académica española que se han ocupado de este tema y han diagnosticado con detalle los problemas principales que la aquejan. Entre ellos debemos destacar sin duda los de Pablo Lucas Murillo de la Cueva (2018) y Diego Iñiguez Hernández (2008) o los numerosos trabajos de Perfecto Andrés Ibañez (desde el publicado junto a Movilla Alvarez, en 1986 hasta el muy reciente de abril de 2021 en el que declara al Consejo General del Poder Judicial como un órgano devastado). A estas monografías me remito para alcanzar una cabal comprensión de dicho diseño constitucional, de su evolución y de su valoración, a los que se puede unir las reflexiones recogidas en la encuesta que sobre la independencia judicial propuso la revista *Teoría y Realidad Constitucional* en 2016.

El objetivo de este trabajo es mucho más modesto. Pretendemos aproximarnos al problema de la articulación del autogobierno judicial desde cuatro prismas diferentes para intentar ofrecer una visión de conjunto de la cuestión. Intentaremos, pues cuatro miradas: la del antecedente inmediato (la Constitución de 1931), la de las exigencias europeas respecto a la garantía de la independencia judicial, la de las críticas realizadas al modelo *consejo judicial* impulsado desde Europa y, por último, la de una propuesta de aproximación al problema que no venga condicionada por el modelo institucionalmente elegido.

Pero para poder llevar a cabo estas cuatro miradas hacia el autogobierno es necesario, primero, delimitar mínimamente el concepto que da justificación y sustento a dicho autogobierno: la independencia judicial. Efectivamente, si

existe el autogobierno judicial es porque se busca garantizar la independencia de los jueces.

En otro lugar (Bustos, 2022) hemos desarrollado *in extenso* la cuestión recordando (Laporta, 2019) que es un concepto multifacético. Por ello hemos procurado definirlo como un principio jurídico (en el sentido de Alexy) que presenta tres manifestaciones: subjetiva, objetiva y estatutaria. Desde el primer punto de vista la independencia judicial es un principio de derecho fundamental que pretende asegurar la ausencia de presiones sobre el juez cuando ejerce la función jurisdiccional en aras de la salvaguarda del derecho a un juicio justo de los ciudadanos (la salvaguarda del derecho a un juez independiente). Desde el segundo punto de vista, es un principio de organización del Estado en virtud del cual ha de garantizarse la ausencia de injerencias del resto de poderes en el funcionamiento del poder judicial (la garantía de un poder judicial independiente). Desde un tercer punto de vista, la independencia judicial es el principio en virtud del cual ha de blindarse la posición jurídica del juez para hacerle inmune frente a cualquier tipo de presiones (aseguramiento de la independencia del juez). En este último caso ha de subrayarse, por un lado, que las presiones frente a las que se blinda al juez pueden proceder tanto de otros poderes (independencia externa), como del propio poder judicial (independencia interna) y, por el otro, que en Europa no se ha llegado a reconocer (como sí ocurre en el sistema Interamericano) la existencia de un verdadero derecho del juez a su independencia más que, si acaso, en un estado muy embrionario.

Cuando hablamos de autogobierno judicial nos estamos refiriendo, obviamente, a la fórmula constitucional elegida para garantizar el desarrollo de la dimensión objetiva del principio. Sin duda el derecho al juez independiente, la garantía de un poder judicial independiente y el derecho del juez a un estatuto jurídico garante de su independencia no son conceptos intercambiables, pero sí se condicionan mutuamente. La falta absoluta de identificación de los tres conceptos hace posible encontrar sistemas en los que las dimensiones subjetiva y estatutaria están plenamente garantizadas sin que la dimensión objetiva lo esté (por ejemplo, en sistemas en los que la organización y administración del poder judicial depende del poder ejecutivo). O casos en los que se diseña un poder judicial con todas las garantías de independencia objetiva y, sin embargo, el derecho al juez independiente de los ciudadanos no está garantizado (porque, por ejemplo, las decisiones judiciales no se pueden ejecutar sin la anuencia de otros poderes) o la independencia estatutaria está seriamente amenazada (por una situación de dependencia respecto a los órganos del propio poder judicial).

En este punto es importante resaltar que a menudo la independencia (en sus tres vertientes) de los jueces depende no tanto de normas jurídicas expresas,

como de convenciones y prácticas constitucionales de modo que las mismas normas y diseños institucionales pueden funcionar de manera radicalmente diferente según los contextos jurídicos e históricos en los que se apliquen.

Un último apunte es importante destacar al principio de estas líneas. La caracterización de la independencia judicial como un principio nos permite entenderlo como un mandato de optimización susceptible de cumplimiento gradual. Esto es, la independencia judicial no es una regla binaria entre dependencia/independencia, sino entre más/menos independencia y con ello la clave estará en el establecimiento del umbral mínimo tolerable de dependencia. De esta forma el punto de vista del análisis no es el de determinar si un determinado diseño constitucional del autogobierno es o no respetuoso de la independencia judicial, sino de en qué medida garantiza esa independencia (la objetiva) y en qué medida ello es compatible con la garantía de las otras manifestaciones del principio (subjctiva y estatutaria).

De este modo la perspectiva del presente ensayo es, esperamos, ya suficientemente clara: examinar el autogobierno judicial como forma de garantizar la independencia del poder judicial frente a la influencia de la política.

II. UNA MIRADA AL PASADO: LA AUTONOMÍA JUDICIAL EN 1931

Observar cómo en 1931 se afrontó la cuestión que nos ocupa no es interesante solo como una forma útil de determinar los perfiles de una institución, sino sobre todo porque, aún posiblemente sin ser conscientes de ello, los brillantes constituyentes de la II República identificaron algunos de los problemas del autogobierno judicial como elemento básico de la garantía del principio de la independencia judicial¹. Tras las brillantes alocuciones de Luis Jiménez de Asúa, Fernando de los Ríos, Andrés Ossorio y Gallardo o Javier Elola² se ponían de relieve los problemas derivados de intentar sustituir un

¹ Los debates se recogen en los *Diarios de Sesiones* de 11 de noviembre (n.º 71), 12 de noviembre (n.º 72), 13 de noviembre (n.º 74), 17 de noviembre (num. 75), 18 de noviembre (n.º 76), 19 de noviembre (n.º 77).

² Los nombres de Luis Jiménez de Asúa o de Fernando de los Ríos, presidente de la Comisión Constitucional y ministro de Justicia respectivamente, no necesitan mayor cita. Probablemente tampoco Andrés Ossorio y Gallardo, presidente de la Comisión Jurídica Asesora redactora del Anteproyecto de Constitución y, entonces, presidente del Colegio de Abogados de Madrid. Más desconocido es Javier Elola, entonces magistrado del Tribunal Supremo (cuya Sala III llegaría a presidir), quien añadió al debate constituyente apuntes de gran modernidad para la época y reflexiones realmente interesantes. Su propia (y dramática) trayectoria es digna de ser recordada como hace

sistema de dependencia organizativa y gubernativa del poder judicial respecto del Ministerio de Justicia (característico del constitucionalismo histórico anterior) por un sistema que, en palabras del presidente de la Comisión Constitucional, diera origen a un «poder fortísimo» al que se le da «una prestancia que antes no tuvo»³. Se trataba (Aparicio Pérez, 1995: 165) de crear un «contramodelo» frente a los anteriores diseños del poder judicial. Pese a que las continuas remisiones a la ley dejaran a la Constitución en este punto en un mero esqueleto de una promesa no cumplida (Alcalá-Zamora, 1937: 548) lo cierto es que el debate constituyente arroja un interesante prisma para el análisis del autogobierno judicial.

El debate constituyente abordó desde un principio el problema al plantearse el modo de encabezar el título de la regulación que en el constitucionalismo anterior había oscilado entre «poder judicial» en las constituciones progresistas y «administración de justicia» en las conservadoras. Tras esta discusión aparentemente nominal se debatía sobre la propia naturaleza del judicial y su consideración o no como un verdadero poder. La solución de compromiso (encabezar el título como «Justicia») no evitó que una doble concepción se enfrentara a lo largo del debate. Por una parte, la de aquellos que consideraban que al tratarse de un verdadero poder debía gozar de autogobierno y la de quienes, por el contrario, consideraban que el gobierno de los jueces debía recoger las mayorías políticas del momento bien a través del Parlamento, bien a través del ejecutivo. Los primeros, en gran medida encabezados por Ossorio y Gallardo defenderán por ello, desde el anteproyecto de la Comisión Jurídica Asesora, el reconocimiento de la «autonomía judicial» entendida como la capacidad de autogobierno del poder judicial⁴. Los segundos promoverán otras soluciones que alejaran el, para ellos, peligro del corporativismo judicial entre cuyas voces más autorizadas, la de Elola que, siendo él mismo magistrado, alertará frente al riesgo de una *oligarquía judicial* que pueda imponerse a la democracia y acabará

Vázquez Osuna (2003) en cuanto juez que trató de defender las garantías mínimas de los procesados en los momentos más difíciles tanto en Madrid como en Barcelona (siendo destituido en varias ocasiones de su puesto por ese motivo) y pese a ello (o quizás por ello) fusilado en Montjuic. al finalizar la guerra.

³ Luis Jiménez de Asúa en la presentación del proyecto de Constitución aprobado en la Comisión. *Diario de Sesiones*, de 27 de septiembre de 1931, n.º 28, pag. 647.

⁴ Para una descripción de la autonomía judicial puede consultarse la alocución de Ossorio y Gallardo el 12 de noviembre de 1931 (*Diario de Sesiones* n.º 72, pags. 2304-5) realizado en constante diálogo con Elola y en la posición del presidente de la Comisión Asesora se define la autonomía judicial a partir de manera prácticamente idéntica a cómo hoy entenderíamos como autogobierno judicial.

afirmado que sus contrincantes persiguen la sustitución de un ministerio de justicia políticamente responsable por otro elegido por los jueces.

Las ponderadas posiciones de Jiménez de Asúa y, sobre todo, las aportaciones al debate de los Ríos darán origen a una regulación híbrida en la que se partía de la consideración del judicial como poder solo cuando se está en ejercicio de la función jurisdiccional, pero que recogiera la necesidad de alejar la presión de los otros poderes en su organización y funcionamiento. Para ello se fortaleció la posición del presidente del Tribunal Supremo a quién se confiaron importantes competencias y, sobre todo, se atribuyó una posición institucional muy singular.

El fortalecimiento de la posición institucional del presidente del Tribunal Supremo va a quedar claro tanto en la duración de su mandato (diez años) como en el original⁵ sistema de nombramiento por el presidente de la república de entre una terna elegida por una asamblea de cincuenta miembros cuya composición se remitía a la ley (rechazándose enmiendas que proponían su elección popular directa o su elección exclusivamente corporativa). Este sistema de elección será criticado por Elola, quien con un fino sentido jurídico sostendrá que si el cargo es técnico debería ser elegido por cooptación y si el cargo es político debería ser elegido por el Parlamento.

El primer desarrollo será la Ley de 8 de octubre de 1932 evaluada positivamente por todos los autores en cuanto permitía una importante representación (aunque inferior a un tercio) del Parlamento, pero con una composición en lo restante muy plural de los sectores más interesados en el buen funcionamiento del poder judicial⁶. Sin embargo, la segunda ley, de 13 de junio de 1936 ya en la cercanía del inicio de la Guerra Civil, mostrará el peligro de la remisión de la cuestión a la ley al cambiarse la composición de dicha Asamblea para que el partido en el gobierno pudiera controlar sin problemas el nombramiento⁷.

⁵ En su crítica Javier Elola sostendrá que se «pretendía dar una lección de originalidad al mundo» (*Diario de Sesiones*, de 17 de noviembre de 1931, n.º 75, pag. 2382).

⁶ Según la ley, componían la asamblea: los presidentes de sala del Tribunal Supremo, los miembros del Consejo Fiscal, los presidentes de las audiencias territoriales, los jueces de primera instancia que ocuparan los diez primeros puestos de su escalafón en el momento de convocarse la asamblea, quince diputados designados por el Parlamento, los decanos de los colegios de abogados de capitales de provincia con más de cincuenta mil habitantes, los decanos de las facultades de Derecho y los presidentes de las reales academias nacionales de Ciencias Morales y Políticas, por un lado, y de Jurisprudencia y Legislación, por el otro

⁷ La ley redujo de tres a dos los nombres que podía proponer la asamblea y aseguró la clara mayoría del Gobierno en dos de las tres ramas en las que dividió la asamblea. La rama parlamentaria compuesta por veinticinco diputados elegidos por el Parlamento.

Respecto a sus competencias según el art. 97 de la Constitución, el presidente del Tribunal Supremo no solo gozaría de competencias importantes en el ámbito gubernativo, sino que además sería miembro nato de la Comisión de Justicia de las Cortes en la que podría realizar propuestas y emitir su opinión y votar en las materias allí objeto de discusión. Se reconocía además su competencia (apartado a) de iniciativa para «preparar y proponer» leyes de reforma tanto del poder judicial como de las leyes de procedimiento al ministro de Justicia y a la Comisión de Justicia. Con ello se creaba una facultad a medio camino entre la iniciativa legislativa propiamente dicha y el derecho de petición cuya eficacia, sin embargo, parecía muy improbable⁸.

Mayor interés despierta el apartado b) del precepto en cuanto establece la facultad del presidente de proponer al ministro de Justicia «los ascensos y traslados» de jueces y magistrados de acuerdo con la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo y «los asesores jurídicos» que la ley designe entre profesionales que no ejerzan la abogacía. El interesante texto nunca fue desarrollado legislativamente, pero a tenor de los debates parlamentarios que se sitúan en su origen claramente pretende ser el reflejo de la autonomía judicial solicitada desde distintos sectores para garantizar su separación del ejecutivo⁹. Con este texto, aceptado por Ossorio y Gallardo, se pretendía dar al presidente (con el apoyo de órganos colegiados intra y extrajudiciales) la posibilidad de influir de manera determinante en el gobierno interno de la justicia. La norma sin embargo nunca fue objeto de desarrollo por lo que quedó por saber cómo y

La rama judicial compuesta por los presidentes de sala del Tribunal Supremo, el fiscal general de la república, el presidente del Tribunal de Casación de Cataluña, el teniente fiscal del Tribunal Supremo, los presidentes de las quince audiencias territoriales y el juez que ocupe el número 1 del escalafón. La rama de funcionarios administrativos y decanos de colegios estaría compuesta por los decanos de los colegios de abogados de Madrid, Barcelona y Valencia y otros siete elegidos por sorteo entre los correspondientes a las doce audiencias territoriales restantes, ocho representantes de la Administración general del Estado y siete catedráticos de Derecho (los quince últimos miembros designados directamente por el Consejo de Ministros)

⁸ Nicolás Pérez Serrano (1932: 293) habla de un «semiderecho de iniciativa», dudando claramente de su eficacia.

⁹ El precepto fue el resultado del debate antecitado entre defensores de la constitucionalización de la autonomía judicial y sus detractores y que se reproduciría en el de este concreto precepto (*Diario de Sesiones*, de 17 de noviembre de 1931, n.º 75). En concreto es el ministro de Justicia (De los Ríos) el que lo propone con la idea anunciada con anterioridad de crear un órgano colegiado responsable de la garantía de la posición de los jueces (*Diario de Sesiones*, de 13 de noviembre de 1931, n.º 74, pag. 2341).

quién elegiría a esos «asesores» y, sobre todo, si la facultad de propuesta vincularía en alguna medida al ministro de Justicia¹⁰.

El fracaso de la regulación constitucional del poder judicial en la República se mostrará con muda elocuencia en las leyes de 8 de septiembre de 1932 y de 9 de julio de 1936, ambas aparentemente sobre jubilaciones, pero que hicieron posible, sobre todo la primera pues la segunda no tuvo vigencia real, un eficaz control político sobre los jueces.

En lo que aquí interesa, y pese al evidente fracaso de la experiencia republicana, debe destacarse cómo el constituyente de 1931 apuntaba hacia los problemas del autogobierno judicial de una forma que aún nos puede ser muy útil. En concreto destacaríamos: (i) el judicial solo es poder en cuanto juez en ejercicio de la función jurisdicción y es ahí donde ha de ser plenamente independiente; (ii) en cuanto institución la justicia ha de gozar de la suficiente autonomía para hacer posible la independencia del único poder judicial real (el juez en ejercicio de la jurisdicción); (iii) la articulación concreta del autogobierno se mueve entre el polo técnico (que conduce a la cooptación entre miembros del propio poder judicial) y el polo político (que conduce a la elección parlamentaria y gubernamental de los miembros de los órganos de autogobierno); (iv) en la Constitución se apuntaba un modelo de autogobierno judicial (quizás podríamos ver en él un «embrión» de los actuales consejos judiciales) con un presidente fuerte acompañado de dos órganos de asesoramiento, la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo y un grupo de asesores no compuesto por juristas; (v) la eficacia de las reglas constitucionales en garantía del autogobierno fue nula dado el contexto político en el que entraron en vigor.

III. UNA MIRADA A EUROPA: UN MODELO DUAL CONSTRUIDO EN VARIAS FASES

Al volver la vista a Europa para la definición de los estándares en materia de autogobierno judicial (o lo que es lo mismo de regulación de la independencia judicial objetiva) resulta imprescindible adoptar una perspectiva diacrónica y comprensiva de las dos formas de integración vinculadas al Consejo de Europa (CdE, en adelante) y a la Unión Europea (UE,

¹⁰ El apartado b es a juicio de Niceto Alcalá-Zamora (1937: 567), el único salvable de un precepto que no fue suficientemente debatido, mientras que Pérez Serrano (1932: 295) expresa su interés, aunque considere «perniciosa» e incomprensible la intervención de los «asesores».

en adelante) pues solo de esta forma puede entenderse el sentido y alcance de dichos estándares.

1. FASES EN LA CONSTRUCCIÓN DE LOS ESTÁNDARES EUROPEOS

Tanto en el CdE como en la UE pueden distinguirse claramente tres fases¹¹ que discurren en paralelo en la construcción de estándares relacionados con el autogobierno judicial en los Estados miembros.

En una primera fase, que podríamos llamar de *indiferencia*, ambas organizaciones se limitan a hacer un somero control de respeto a los estándares de respeto al Estado de derecho en el momento de decidir la adhesión de los Estados a la organización internacional. Este requisito es explícito en el caso del CdE desde su origen y consuetudinario en el caso de la UE¹². En ese análisis, superficial, de respeto al Estado de derecho se incluía, como no podía ser de otra forma, el de la garantía de la independencia judicial, pero no era objeto de una supervisión estricta, ni se examinaba en concreto el problema del autogobierno judicial, sino solo la suficiente garantía del derecho a un juez independiente. Por ello, no es de extrañar que durante este periodo ambas organizaciones consideraran la regulación del autogobierno judicial un asunto que debía quedar en el margen de apreciación nacional (en el caso del CdE) o en el ámbito de aplicación del principio de autonomía institucional (en el caso de las entonces Comunidades Europeas). Igualmente, lógico será que el análisis de la cuestión de la independencia judicial se realizara en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) y del Tribunal de Justicia (en adelante, TJUE) desde ópticas extremadamente deferentes con los Estados y centradas en los aspectos que más interesaban a ambas organizaciones. Por eso no es de extrañar que el TEDH aceptara como tribunal independiente, desde la óptica del derecho a un juicio justo del art. 6 del Convenio, a las comisiones administrativas de supervisión penitenciaria en el Reino Unido¹³ o que

¹¹ Bobeck y Kosař (2013: 5 y ss.) apuntaban las dos primeras fases y vinculaban los contenidos también a la actividad de Naciones Unidas. Coincidimos y desarrollamos en las páginas siguientes parte de los análisis de los autores checos.

¹² Así el artículo 4 del Estatuto de Londres establecía que solo los Estados que estuvieran en condiciones y dispuestos a cumplir las condiciones del art. 3 podrían ser invitados a ser parte del CdE lo que suponía reconocer «el imperio del Derecho» además del respeto a los derechos y en el caso de la UE se imponía en las negociaciones de adhesión como bien pudo comprobar el régimen franquista durante los años sesenta del pasado siglo. Sería una obligación finalmente constitucionalizada en el art. 49 TUE en el Tratado de Lisboa pero ya en 2007.

¹³ STEDH *Campbell y Fell c. Reino Unido*, de 28 de junio de 1984.

el TJUE estuviera dispuesto a reconocer como órgano jurisdiccional, por tanto suficientemente independiente, a los efectos del planteamiento de una cuestión prejudicial a Sancho Panza como gobernador de la ínsula Barataria en la conocida crítica del abogado general Ruiz Jarabo¹⁴.

La caída del muro de Berlín y la transición a la democracia de los países del este de Europa supuso el inicio de una segunda fase, a la que podríamos denominar como de *impulso*, en el tratamiento de la cuestión. Desde la perspectiva del CdE se entendió necesario ayudar a dichas transiciones para lo que se aprobaron textos no vinculantes y se crearon órganos de apoyo a las mismas tanto de carácter general (muy singularmente la conocida Comisión de Venecia), como sectorial (en el caso de la independencia judicial tendrá sin duda particular relevancia la creación del Consejo Consultivo de los Jueces Europeos, en adelante CCJE). Ello dio origen en los años noventa y primera década del siglo XXI a una profusión de textos incluidos en la líquida categoría de *soft law*¹⁵ que inspirarán de forma clara la evolución en la materia (Bustos, 2020b). La confluencia entre la UE y el CdE respecto a la regulación del poder judicial se producirá precisamente en el marco del mismo proceso histórico de transición pues la decisión de comenzar la negociación de la adhesión de los países del Este a la UE en 1993 vino acompañada por la acuñación de los llamados criterios de Copenhague (hoy constitucionalizados por el Tratado de Lisboa en el art. 49 TUE), que en materia de Estado de derecho, democracia y derechos debían cumplir los Estados candidatos. Como ha demostrado Siebert-Fohr (2009), en ausencia de parámetros propios acuñados en la UE para aplicar tales filtros en la adhesión, la Comisión Europea (por expresa indicación del Consejo) procedió a utilizar los estándares que se estaban acuñando en el CdE en el proceso de negociación de la adhesión. Con ello, aquellos estándares se fueron imponiendo de manera generalizada en los Estados del este de Europa que finalmente accedieron a la UE.

Una tercer y última fase comenzará en 2010, a la que podríamos llamar de *reacción*, en la que las regresiones en el Estado de derecho en Europa (fruto de los llamados movimientos iliberales) comienzan a manifestarse primero en el CdE y, posteriormente, en la UE. En ella el *soft law* se renueva de manera

¹⁴ Conclusiones del abogado general, Ruiz-Jarabo de 28 de junio de 2001, en el asunto C-17/00, *De Coster*.

¹⁵ En particular, la Recomendación (1994) 12 sobre independencia, eficiencia y papel de los jueces, adoptada por el Comité de Ministros el 13 de octubre de 1994; la Carta Europea sobre el Estatuto de los Jueces adoptada en una conferencia multilateral de junio de 1998, a los que se sumarán las opiniones e informes elaborados por la Comisión de Venecia y, a partir de 2001, por el CCJE. Sobre el contenido de estos textos Bustos (2020b: 163 -170).

generalizada a todos los niveles¹⁶ y comienzan a adoptarse medidas concretas en materia de garantía de la independencia judicial objetiva por los órganos políticos y jurisdiccionales europeos¹⁷. Así, primero en el CdE, el TEDH dictará una serie de sentencias seminales en los asuntos *Volkov c. Ucrania* (2013); *Baka c. Hungría* (2014 Sala y 2016 Gran Sala), *Nunes de Carvalho e Sa c. Portugal* (2016 Sala y 2018 Gran Sala) y ya más recientemente *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islandia* (Gran Sala, 2020)¹⁸. Por su parte, el TJUE en una desaforada¹⁹ actividad jurisprudencial desde 2018 pasará de una aproximación puramente funcional o utilitarista a una percepción verdaderamente constitucional (Andrés de Santamaría, 2021: 168-170) a partir de la sentencia *Associação Sindical dos Juizes Portugueses (ASJP)*, asegurando la garantía de un poder judicial independiente reconociendo el efecto general (y directo más adelante) del art. 19.1 TUE leído de acuerdo con el art. 47 CDFUE²⁰. Desde

¹⁶ En concreto se deroga la Recomendación de 1994 por la Recomendación (2010)12, sobre jueces: independencia, eficiencia y responsabilidades, adoptada por el Comité de Ministros el 10 de noviembre de 2010 a la que habrá que sumar la aprobación en el mismo día por parte del CCJE de la Magna Carta de los Jueces, el informe sobre independencia judicial (parte 1) de la Comisión de Venecia aprobado en marzo del mismo año 2010. Desde entonces en sus sucesivos informes y opiniones tanto la Comisión de Venecia como el CCJE han desarrollado las cuestiones relevantes en materia de independencia judicial. Sobre estos textos Bustos (2020b: 170-181).

¹⁷ Sobre la influencia de los estándares de la Comisión de Venecia en general, véase Hoffman-Reim (2014); el tema lo hemos desarrollado en profundidad respecto a la independencia judicial y en los distintos órganos consultivos en Bustos (2020b).

¹⁸ Sobre esta jurisprudencia nos hemos ocupado con detalle en Bustos (2022, en prensa).

¹⁹ Dada la frecuencia de las resoluciones dictadas por el TJUE (que debido a los casos pendientes continuará en los próximos años) es imposible recoger en su totalidad esta jurisprudencia. Véase Bustos (2022). Sobre la jurisprudencia, en castellano, hasta 2020 véanse Ugartemendía (2020) y Campos Sánchez-Bordona (2020), y en este mismo volumen la contribución de Sarmiento y Arnaldos. Como punto de partida son sin duda muy relevantes las visiones desde dentro del TJUE en los albores del proceso de Adam (2019) y Lenaerts (2019).

²⁰ La jurisprudencia en el tema ha sido muy numerosa (y no solo ha afectado a la organización judicial sino que se ha expandido a otros ámbitos de garantía de la independencia judicial en la UE y en los Estados miembros. Entre las sentencias dictadas destacaremos solo las más importantes: STJUE, Gran Sala, C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses (ASJP)*, de 27 de febrero de 2018.; STJUE, Gran Sala, C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality (Deficiencias del sistema judicial)*, de 25 de julio de 2018; STJUE, Gran Sala, C-619/18, *Comisión c. Polonia (Independencia del Tribunal Supremo)*, de 24 de junio de 2019; STJUE, Gran Sala, C-192/18, *Comisión c. Polonia (Independencia de las jurisdicciones de derecho común)*, de 5 de Noviembre de 2019; STJUE, Gran Sala,

un punto de vista no jurisdiccional, en la UE se pondrán en marcha con diverso grado de éxito mecanismos de defensa de la independencia judicial objetiva (y de otros aspectos del Estado de derecho) como el previsto en el art. 7 TUE, los dos marcos de reforzamiento del Estado de derecho y, finalmente, la condicionalidad en la recepción de fondos europeos²¹.

Tras esta reacción subyace la ruptura del sobreentendido según el cuál era «incontestable e incontestado» (Lenaerts; 2020: 30) que los Estados miembros de la UE y del CdE respetaban la independencia judicial. El principio de independencia judicial es un requisito existencial de la UE o si se quiere un «paradigma de la Unión Europea como unión de Derecho» (Adam y van Elsuwege, 2018). Sin duda algo parecido podemos decir del CdE (Nußberger, 2019). Sin tribunales independientes que apliquen sin presión de otros poderes del Estado el Derecho de la UE (y los estándares en materia de derechos del TEDH) la integración simplemente no es posible.

2. UN MODELO TOLERADO FRENTE A MODELO PREFERIDO DE AUTOGOBIERNO JUDICIAL EN EUROPA

Como puede imaginarse, no es sencillo resumir en unas pocas páginas los estándares en materia de autogobierno judicial resultantes de esta compleja evolución que además se aplica a un muy heterogéneo grupo de países con tradiciones constitucionales diversas y con culturas judiciales muy alejadas entre sí.

Debemos comenzar afirmando que ni el CdE ni la UE imponen un determinado modelo de autogobierno judicial pero sí expresan claramente su preferencia por uno concreto: el del Consejo Judicial inspirado en el diseño

C-585/18 (624/18 y 625/18), *A.K. (Independencia de la Cámara disciplinaria de la Corte Suprema)*, de 19 de noviembre de 2019; STJUE, Gran Sala, C-558/18 Y 563/18, *Miasto Lowicz*, de 26 de marzo de 2020; STJUE, C-272/19 *VQ/Land of Hessen*, de 9 de julio de 2020; STJUE (Gran Sala), C-510/19, de 24 de noviembre de 2020, *Openbaar Ministerie (Falsedad documental)*, C-510/19; STJUE, Gran Sala, C-824/18, *A.B. y otros (Nombramiento de jueces del TS Polonia)*, de 2 de marzo de 2021; STJUE, Gran Sala, C-896/19, *Repubblika*, 20 de abril de 2021; STJUE, Gran Sala, C-83/19 (y otros seis casos); *Asociación Judicial Foro de Rumanía (AJFR)*, de 18 de mayo de 2021; STJUE, Gran Sala, C-791/19 *Comisión c. Polonia. (Régimen disciplinario de los jueces)*, 15 de julio de 2021; STJUE, Gran Sala, C-487/19, *W.Z (Sala de control extraordinario y asuntos públicos del Tribunal Supremo y nombramiento juez de sala de TS)*, de 6 de octubre de 2021; STJUE, Gran Sala, C-748/19 a C-754/19. *Prokuratura Rejonowa e Minsku Mazowieckim c. WB y otros*, de 16 de noviembre de 2021.

²¹ Sobre la crisis del Estado de derecho y el funcionamiento de estos mecanismos véase últimamente Martin y Pérez de Nanclares (2019) y Martín Rodríguez (2021: 85 y ss.).

constitucional italiano del Consiglio Nazionale della Magistratura. Eso ha dado origen a un modelo *dual* de autogobierno judicial. El *preferido* (el de la creación de consejos judiciales) que se ha extendido por Europa especialmente a partir de la ampliación al Este de ambas organizaciones y otros modelos que podríamos considerar *tolerados* que engloban las más variadas fórmulas de organización judicial. Respecto al primero los órganos europeos han elaborado estándares bastante concretos e incluso, los han aplicado con claridad por sus órganos jurisdiccionales. Respecto a los segundos, los estándares son de mínimos y se articulan a partir del respeto a determinados criterios de control externo. Veámoslos por separado

Los que hemos denominado modelos *tolerados* proceden casi todos de Estados de derecho anteriores a 1989 (con algunas notables excepciones como la de la República Checa) que fueron avalados en el proceso de adhesión al CdE y a la UE. Se trata de fórmulas de gobierno judicial construidas en el marco de sistemas constitucionales muy consolidados. Buena parte de su funcionamiento no se asienta tanto en normas explícitas como en prácticas y convenciones capaces de evitar las interferencias *políticas* de otros poderes pese al poco desarrollo de mecanismos de autogobierno. De este modo reglas de gobierno que en otros Estados serían consideradas intolerables (como la dependencia en nombramientos, promoción o pura gestión de la carrera judicial de decisiones de los ministerios de Justicia) funcionan en la práctica con un exquisito respeto a la independencia judicial²². En estos casos los estándares europeos establecen solo algunas reglas de mínimos. Entre ellas podríamos destacar: (i) el respeto al principio de alteridad entendido como la inexistencia de vínculo funcional y orgánico entre los tribunales y el resto de poderes; (ii) el principio de legalidad entendido como respeto estricto a la ley en la aplicación de decisiones de gobierno del poder judicial; (iii) la inclusión de órganos independientes en los procedimientos (especialmente los relativos a nombramiento y promoción de jueces) que son asignados a instancias políticas, (iv) la supervisión judicial con plena capacidad de revisión de los actos de gobierno judicial realizados por otros poderes, y (v) el recientemente formulado principio de no regresión²³, en virtud

²² Posición aceptada por las instancias jurisdiccionales europeas como se muestra en la renuncia clara y radical del TJUE a examinar con un mínimo de profundidad la dependencia de los tribunales alemanes de los ministerios de Justicia de los Länder en *VQ/Land of Hessen* (citada). Precisamente uno de los argumentos del Gobierno polaco en la defensa de su captura del Consejo Judicial será que se le están intentando imponer límites a la libertad de configuración nacional de los consejos judiciales a la vez que se aceptan sistemas, como el alemán, que carecen de órganos de autogobierno judicial propios.

²³ Formulado por primera vez por el TJUE en abril de 2021 en el asunto *Republikka* y ya ha sido aplicado en C-83/19 *AJFR*, par 162 y especialmente en C-791/19, *Comisión*

del cual toda modificación del gobierno judicial no puede implicar un retroceso en la garantía de la independencia.

El modelo *preferido* por las instancias europeas y claramente incentivado en su *soft law* y en la jurisprudencia²⁴ es, como decíamos, el modelo *consejo judicial* que sigue la estela del consejo italiano. Este modelo está mucho más elaborado en cuanto a sus estándares y ha de considerarse mayoritario en Europa. Sus elementos básicos, a nuestro juicio, serían: (i) los consejos judiciales han de estar reconocidos a nivel constitucional y desarrollados legalmente; (ii) la mayoría de sus miembros han de ser jueces elegidos por sus pares; (iii) han de evitarse todo tipo de posibles condicionamientos políticos en el nombramiento, funcionamiento o cese de los consejos; (iv) sus funciones han de orientarse a asegurar la posición del juez frente a cualquier presión externa tanto desde la defensa de su independencia individual como desde la del poder judicial en su conjunto, por lo que, desempeñará competencias esenciales en todas las cuestiones relativas al estatuto de los jueces y magistrados, y muy en particular respecto a la carrera judicial: selección, promoción, cese y régimen disciplinario; (v) las decisiones han de fundarse en criterios objetivos, preestablecidos y transparentes susceptibles de revisión judicial, y (vi) han de garantizar la defensa de la independencia de los jueces individuales y canalizar la rendición de cuentas de los jueces ante la sociedad.

Ha de notarse que la valoración de estos estándares ha de ser conjunta. Esto es, no se trata de que con el puro incumplimiento de uno de los criterios enunciados se deduzca la lesión al autogobierno independiente del poder judicial. Se trata más bien de apreciar si dadas las circunstancias concretas de cada caso puede concluirse que la independencia del poder judicial no está suficientemente asegurada. En esta valoración las apariencias serán relevantes en la medida en que dicha independencia no ha de ser considerada un privilegio de los jueces, sino una exigencia del Estado de derecho en virtud de la cual los ciudadanos han de confiar en que todo juez es impermeable frente a cualquier forma de presión externa y, por ello, actúa solo movido por el interés de la aplicación correcta del ordenamiento jurídico. Pero, también ha de subrayarse

c. Polonia (*Régimen disciplinario de los jueces polacos*) paras. 50 and 51, en mayo y julio respectivamente del mismo 2021.

²⁴ Sobre todo en la del TEDH, pero también en los últimos años podría afirmarse del TJUE. Particularmente crítico con esta suerte de «agenda» en materia de autogobierno judicial propiciada por el TEDH se muestra KOSARŃ (2017: 112 y ss.) en cuanto impositiva de opciones constitucionales en materia de tribunales militares en el Reino Unido y Turquía o de la posición de los abogados generales en países francófonos. Previamente, junto a Lixinski (2015) había extendido esta crítica a la Corte Interamericana.

que de esta valoración conjunta puede deducirse judicialmente que un consejo judicial no cumple los estándares mínimos de independencia para desempeñar su función como han mostrado con toda claridad la STJUE *A. K. (Independencia de la Cámara disciplinaria de la Corte Suprema)* y STEDH *Reczkowicz c. Polonia*, de 22 de julio de 2021 respecto al régimen disciplinario de los jueces polacos²⁵, pero ya se había afirmado con rotundidad en la STEDH *Volkov c. Ucrania* y en la sentencia de sala en *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal* (si bien la Gran Sala no confirmó esta aproximación). Dando un paso más, el TEDH en *Dolinska-Ficek y Ozimek c. Polonia*, de 8 de noviembre de 2021 ha urgido a Polonia para que tome las medidas necesarias para resolver el problema de falta de independencia del consejo judicial

La mirada a Europa nos ofrece por tanto varias claves que pueden ayudarnos en la difícil relación entre política y autogobierno. Entre ellas destacaríamos algunas: (i) la supervisión internacional de la independencia del poder judicial se ha intensificado a lo largo del tiempo en particular ante la caída del muro de Berlín, primero, y ante el auge de movimientos iliberales que cuestionan las bases mismas del Estado de derecho, después; (ii) los estándares básicos en materia de autogobierno judicial proceden en su mayoría de *soft law* elaborado en el seno del CdE y de la jurisprudencia del TEDH y, en los últimos tres años, del TJUE; (iii) no existe un modelo único de autogobierno en Europa, pero sí un modelo *preferido* (que sigue en sus líneas básicas el del Consejo Nacional de la Magistratura italiano); (iv) modelo que convive con otras muchas fórmulas, *toleradas*, de autogobierno judicial que normalmente se enraízan en largas tradiciones constitucionales, específicas de cada Estado y que, sin embargo, encuentran límites relevantes también en el espacio constitucional europeo.

Quizás una mirada crítica a este modelo *dual* pueda esclarecer un poco más la materia objeto del presente ensayo.

IV. UNA MIRADA CRÍTICA AL MODELO PREFERIDO EN EUROPA (ESPECIALMENTE EL MARCO DE LOS MOVIMIENTOS ILIBERALES)

La unanimidad europea en favor del modelo *consejo judicial* de tipo italiano se vio favorecida por el contexto en el cual se forja. En los años noventa del pasado siglo, el consejo judicial se entiende como una forma sencilla y

²⁵ Reiteradas respecto a la sala extraordinaria de revisión y asuntos públicos del Tribunal Supremo polaco en la STJUE *W. Z. (Sala de control extraordinario y asuntos públicos del Tribunal Supremo y Nombramiento juez de sala de TS)*, de 6 de octubre de 2021 y en la STEDH *Dolinska-Ficek y Ozimek c. Polonia*, de 8 de noviembre de 2021.

eficaz de *liberar* al poder judicial de los Estados sometidos durante decenios al sistema soviético. La ausencia de una cultura judicial de la independencia (existente y consolidada en las *viejas* democracias europeas) hacía imposible la aplicación de otros modelos en los que existiera una fuerte presencia del Parlamento o del Ejecutivo. El legítimo temor a que no pudieran erradicarse las prácticas de control gubernamental del poder judicial procedentes de los estados de la órbita soviética, se veía contrarrestado confiriendo las competencias de autogobierno judicial a un solo órgano elegido mayoritariamente por jueces de manera tal que no fuera posible el control político de las fundamentales competencias de acceso, nombramiento, promoción, inspección y régimen disciplinario de los jueces. Sin embargo, esta confianza se ha visto resquebrajada en los últimos 10 años. Posiblemente los motivos respondan, por una parte, a las críticas que el propio modelo suscita en sí mismo y a su ineficacia, por la otra, para dar respuesta a las regresiones en el Estado de derecho experimentadas en Europa en ese mismo periodo.

1. LAS CRÍTICAS AL MODELO CONSEJO

En lo referente a las objeciones a los consejos judiciales el Abogado General Michal Bobeck junto a David Kosař (2013: 13-16), enumeran cinco grandes críticas que merece la pena recoger con atención

En primer lugar, subrayan la falta de legitimidad democrática del consejo judicial porque se desapodera a los poderes electivos transfiriendo todos las competencias sobre la carrera judicial al consejo. En particular critican que los estándares creados por el *soft law* y por las decisiones jurisprudenciales europeas han sido generados de manera opaca, al margen de proceso democrático alguno y apoyado en pequeños grupos de jueces y altos funcionarios en el ámbito internacional que se reúnen en órganos desconocidos para la mayoría de los ciudadanos (sin duda el CCJE sería uno de los mismos, pero también los informes de la Comisión de Venecia son resultado, en lo que a independencia judicial se refiere, de la entrevista con los jueces nacionales). Incluso aun aceptando la creación de los estándares por los jueces hay un problema de representación tanto interna como transeuropea²⁶. La influencia inusitada de los jueces en la construcción de estos estándares les habría dado un excesivo

²⁶ La crítica de ambos autores es particularmente cruda en este punto al considerar que en los órganos consultivos europeos no había una verdadera representación de los jueces nacionales y además no estarían presentes jueces de todos los Estados. En concreto apuntan a la existencia de un fuerte activismo en este punto por parte de alguno de los primeros consejos judiciales creados en Europa. Bobeck y Kosař (2013:

sesgo corporativo del que los modelos resultantes no se han liberado. Al final, como hemos tratado de describir en otro lugar (Bustos 2020a) los estándares europeos en materia de independencia judicial (incluido el autogobierno) han sido creado por jueces dialogando con otros jueces y apelando a la decisión última de magistrados de los dos altos tribunales europeos.

En segundo lugar, consideran que el modelo *consejo judicial* no satisface las altas demandas de *accountability* propias de democracias avanzadas como las europeas. Efectivamente, las sociedades actuales exigen fuertes procesos de rendición de cuentas allí donde se ejerce alguna forma de poder. El judicial es un poder y por ello ha de rendir cuentas de sus actos ante los ciudadanos. El modelo *consejo* es ciertamente corporativo pues se rinde cuentas ante un órgano elegido mayoritaria por y entre jueces. Se consolida así el aislamiento y la protección de los jueces bajo el manto del consejo judicial. Ciertamente es posible que exista un fuerte corporativismo y ello no afecte a la formulación de altos estándares de independencia de los jueces, pero ello, posible en democracias consolidadas, puede ser un peligro en democracias nuevas. La crítica, ya presente en el debate constituyente de 1931, se reproduce: se ha sustituido un ministerio de justicia elegido y responsable ante los ciudadanos por otro ministerio de justicia (ahora llamado consejo judicial) elegido por los jueces y no responsable ni ante el Parlamento, ni ante los ciudadanos.

En tercer lugar, la creación de un consejo judicial lejos de garantizar puede amenazar la independencia judicial *interna*. Concentrar en un órgano corporativo las decisiones de nombramiento, promoción, inspección y disciplinarias puede originar redes clientelares extremadamente eficaces en círculos tan cerrados como los propios de la carrera judicial. Crea la posibilidad de ejercicio de un fuerte control por parte de jueces senior y, en especial, por presidentes de tribunales y miembros de los consejos. Incluida la posibilidad de que las propias asociaciones de jueces acaben convirtiéndose en mecanismos de promoción de las carreras de sus miembros. Además, recuerdan los dos autores citados, estos mismos jueces seniors, presidentes de altos tribunales (y cargos relevantes de asociaciones judiciales, podríamos añadir) son los que participan en esos foros internacionales que acuñan y matizan los estándares²⁷. Jueces de alto nivel que, en el peor de los casos, pueden pretender asumir un poder que antes estaba en manos de los ministros de justicia.

13-14). Menos críticas con el funcionamiento de las redes judiciales transnacionales se muestran Claes y de Visser (2010).

²⁷ Bobeck y Kosař refieren algunos ejemplos verdaderamente alarmantes de esta situación en algunos de los países del Este (2013: 21-27).

En cuarto lugar, no deja de ser significativo que buena parte de las democracias europeas más consolidadas hayan incentivado la creación de esos consejos, pero ellas mismas no los hayan creado. Entre las democracias europeas más consolidadas solo Italia, Francia y Bélgica optan por este modelo. Sin embargo, ni Alemania ni Holanda, ni Reino Unido ni Irlanda ni ninguna de las democracias escandinavas han asumido un modelo equiparable al italiano. Ciertamente en estas democracias se han creado diferentes y muy heterogéneas formas de autogobierno (alguna incluso con el nombre de Consejo), pero no se trata de órganos que sean equiparables al modelo expuesto más arriba ni en cuanto a su organización ni, sobre todo, en cuanto a sus competencias.

En quinto y último lugar, los autores citados apuntan que el modelo *consejo* no tiene en cuenta las peculiaridades del sistema judicial de cada Estado. No solo no se tiene en cuenta la cultura política y el legado histórico, sino tampoco la propia cultura judicial y los elementos básicos de ese mismo poder judicial: número de jueces, planta judicial, modelo de control judicial de los actos de la administración, estructura territorial del Estado, forma de acceso a la carrera, perfil de los jueces y un largo etcétera que pueden condicionar de manera determinante las opciones constitucionales que mejor garanticen la independencia del poder judicial.

2. LA INEFICACIA DE LOS CONSEJOS EN EL MARCO DE LAS REGRESIONES DEL ESTADO DE DERECHO

Por otra parte, tampoco la práctica europea desde principios de siglo ofrece un panorama optimista respecto al funcionamiento de los consejos judiciales. Desde un punto de vista práctico, el modelo ha funcionado de una manera desigual²⁸ y ha recibido importantes críticas. En el primer sentido se observa que cuanto más poder se ha concentrado en un consejo judicial más tentador ha sido controlarlo para el resto de poderes del Estado. Por ello se han producido auténticos fenómenos de *captura* de los consejos judiciales por parte de otros poderes del Estado o incluso directamente de los partidos políticos. En otras ocasiones la captura ha procedido del propio poder judicial en forma de un control por parte de jueces senior, de asociaciones judiciales o de grupos de jueces. Finalmente, la captura también ha procedido de redes opacas de influencia, de grandes grupos económicos o incluso de la gran delincuencia.

²⁸ Véase el número monográfico de la *German Law Journal*, vol 19, num. 7, 2019. Sobre el que volveremos en el último apartado de este ensayo, con un examen comparado muy pormenorizado de los doce sistemas de autogobierno judicial implantados en los Estados y los previstos para el TEDH y el TJUE.

Los riesgos del modelo se han puesto especialmente de manifiesto en el marco del ataque de los movimientos iliberales al Estado de derecho. Como es conocido, estos movimientos dicen asumir un mandato pretendidamente democrático (de hecho, acceden al poder a través de elecciones libres) en virtud del cual han de reformar las estructuras constitucionales para evitar que las élites dirigentes anteriores puedan contrarrestar en alguna medida la voluntad popular. De este modo respetando formalmente los procedimientos de reforma constitucional o de aprobación de las leyes, proceden a destruir las distintas formas de supervisión (política y jurídica) del poder diseñadas en el Estado de derecho moderno que consideran controladas por dichas élites: prensa, universidades, movimientos sociales y, sobre todo, el control judicial tanto de las leyes como de los actos de la Administración²⁹. Esa labor de destrucción en el caso de los controles jurídicos se articula mediante la *captura* de los propios órganos constitucionales encargados del mismo mediante el sencillo sistema de nombrar a personas totalmente afines al movimiento liberal bien cambiando las reglas reguladoras de los nombramientos, bien violando o manipulando las preexistentes en ocasiones aplicando reglas toleradas en los propios estándares europeos sobre la materia³⁰. Esta operación es extraordinariamente sencilla en el caso de los órganos concentrados de control de constitucionalidad (en cuanto los magistrados son nombrados por periodos limitados por órganos sometidos a las mayorías parlamentarias), pero más complicada en el caso de un poder tan descentralizado como el poder judicial. En este contexto, la adopción de un modelo *consejo judicial* facilita la operación de abordaje al poder judicial. No es posible un control de cada juez en una Estado de derecho europeo, pero sí es sencillo controlar al órgano de autogobierno judicial del cual dependen todos los jueces del país. El control del consejo judicial por la mayoría liberal concentra en sus manos los poderes de nombramiento, promoción, sanción, traslado, jubilación y cese. De este modo, al introducir las reformas legales o constitucionales necesarias (por ejemplo respecto al nombramiento de los miembros del consejo o al cambiar las reglas de acceso al poder judicial designar masivamente jueces afectos al movimiento a la vez que se adelantan las edades de jubilación, se trasladan a los jueces incómodos a puestos irrelevantes o se

²⁹ Sobre la estructura básica y la forma de actuar de los movimientos iliberales véanse con carácter general la muy conocida descripción de Sadurski (2018) o, entre otros, los trabajos de Landau (2013, 2018) y Schepelle (2016, 2018).

³⁰ De este modo Schepelle (2016) puede hablar de la auténtica construcción de un manual de «peores prácticas» que, sin embargo, han sido en alguna ocasión toleradas en la práctica de los Estados europeos por los órganos de supervisión, sobre todo del CdE, y que al ser trasladadas a un contexto de regresión en el Estado de derecho tienen efectos devastadores.

cambian las presidencias de los tribunales colegiados) se procede a anular o reducir significativamente la capacidad de control de los jueces tanto sobre el Parlamento como sobre el Ejecutivo.

Como puede observarse, el modelo *consejo judicial* lejos de constituir un freno a los movimientos iliberales, facilita enormemente el control del poder judicial. Así, un diseño institucional aparentemente perfecto de separación radical del autogobierno judicial puede acabar con la independencia estatutaria del juez y con ello afectar gravemente el derecho de los ciudadanos a un juez independiente.

Aceptemos o no estas críticas lo cierto es que en los últimos años se ha replanteado el entusiasmo por los consejos judiciales a medida en que las instancias jurisdiccionales europeas han tenido que afrontar casos cada vez más frecuentes en los que los consejos judiciales no han servido como mecanismo de defensa de la independencia judicial e, incluso, se han convertido en verdaderas amenazas para la independencia individual de los jueces y magistrados europeos tal y como hemos podido comprobar en el apartado anterior.

Quizás por ello sea necesario afrontar la cuestión del autogobierno judicial y de su relación con la política desde otros puntos de vista de modo que pueda no solo explicarse la situación existente, sino también proponer aproximaciones alternativas.

IV. UNA MIRADA PROPOSITIVA: POLÍTICA, INDEPENDENCIA Y AUTOGOBIERNO

En cierto modo, tras la generalización de los consejos judiciales existía una visión ingenua (muy extendida entre los jueces según los textos del *soft law* europeo y también en algunos constituyentes de 1931) en virtud de la cual el gobierno del poder judicial es puramente técnico y apolítico. Como ha insistido entre nosotros Lucas Murillo de la Cueva (2018), no puede olvidarse que el gobierno del poder judicial es de naturaleza política. De hecho, todo gobierno es de naturaleza política. Y no deja de serlo porque se encomiende a órganos elegidos mayoritariamente por y entre los jueces. Estas corrientes críticas han comenzado a ser tenidas en cuenta incluso en algunas de las conclusiones de los abogados generales ante el TJUE³¹.

³¹ Véanse las conclusiones de Hogan en C 896/19, *Repubblika*, par 57, y la misma idea puede deducirse de las de Bobeck (aunque en este caso no es en absoluto sorprendente dada la visión crítica de los consejos que ha mantenido en sus escritos académicos) en C-357/19 *Euro Box Promotion y otros* y C. 547/19 *AFJR (2)* par 127.

Gobernar y administrar el funcionamiento de los órganos en el marco de los cuales los jueces individuales ejercen uno de los poderes esenciales del Estado no puede considerarse apolítico. Se trata de adoptar decisiones políticas. Y el hecho de que sean jueces (u órganos mayoritariamente compuestos y elegidos por y entre jueces) los que las adopten no altera su naturaleza política. No son decisiones jurisdiccionales caracterizadas exclusivamente por el sometimiento al ordenamiento jurídico. Son decisiones de oportunidad política que están limitadas, eso sí, por el derecho.

Además, debemos aceptar que el autogobierno judicial es un fenómeno mucho más amplio que los consejos judiciales y adopta distintas formas. De este modo los distintos modelos *tolerados* en Europa ponen sobre la mesa, por una parte, consejos que no siguen el modelo italiano y, por la otra, fórmulas totalmente alejadas de dicho modelo como la creación las comisiones judiciales de nombramiento (generales o *ad hoc*), de promoción, la concesión de fuertes competencias de gobierno a los presidentes de tribunales en los diferentes niveles de gobierno o, incluso, la constitución de paneles disciplinarios. Las formas, racionalidad y efectos del autogobierno judicial varían en Europa y evolucionan a lo largo de la historia.

Por ello quizás sería interesante cambiar el foco desde el modelo concreto adoptado para garantizar la independencia judicial objetiva al propio concepto de autogobierno judicial (o si se quiere de «autonomía» judicial de nuestros constituyentes republicanos) tanto desde un punto de vista organizativo como desde un punto de vista funcional

En tal sentido parece muy conveniente remitirnos a los trabajos de Kosař y en particular a la valoración global que del funcionamiento de los consejos judiciales realiza en el número monográfico dedicado a la cuestión en el volumen 19 del *German Law Journal*³². En su ensayo propone tratar la cuestión del autogobierno judicial más allá de la configuración de los consejos judiciales. Para ello, propone una definición amplia de autogobierno judicial en virtud de la cual entiende como tal toda institución (en la que intervienen un juez) que tiene poderes relativos a la administración de tribunales y/o la carrera judicial. Más precisamente: un órgano con al menos un juez cuya principal función es decidir sobre la administración de tribunales o la carrera de jueces o asesorar a otros órganos que van a adoptar tales decisiones.

³² Kosař (2018: 1571-1572). Los planteamientos del autor checo aparecen en otros trabajos a lo largo de la última década bien en solitario bien conjuntos con otros autores. En el texto se recogen sus principales conclusiones y algunas de sus aportaciones más interesantes no solo en el último de los trabajos

Esta definición vendría avalada por la última jurisprudencia tanto del TJUE en *Repubblika*, como el TEDH en *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islandia*. En ambos casos, los tribunales europeos no cuestionan el nombramiento de los jueces por un órgano gubernamental incluso aunque dicho órgano no esté jurídicamente vinculado por la propuesta previamente realizada por un comité independiente de nombramiento. Pero las dos cortes subrayan la relevancia del cumplimiento de los requisitos procedimentales y la obligación de motivar las razones por las que el órgano gubernamental de nombramiento se aparta de las propuestas de la propuesta de la comisión. Claramente para el TEDH, y no tanto para el TJUE, la plena posibilidad de revisión y, en su caso, anulación judicial del acto de nombramiento también ha de estar prevista. Lo que en ambas sentencias se muestra claramente es que uno de los contenidos mínimos del autogobierno judicial incluye, al menos, la incorporación en el procedimiento de decisión de algún tipo de órgano independiente para asesorar de manera determinante a los órganos políticos decisores en las funciones más delicadas vinculadas al nombramiento, promoción e inspección de tribunales³³.

Respecto al contenido del autogobierno judicial Kosař (2018: 1594 y ss.) ofrece un *mapa* del autogobierno judicial para mostrar que éste se desarrolla en ocho dimensiones:

- *Recursos humanos*: selección, promoción, sanciones, traslados, sueldos de jueces y magistrados.
- *Administrativa*: planificación del trabajo, composición de secciones, asignación y reasignación de casos, cuotas de carga de trabajo, evaluación de eficacia y eficiencia, establecimiento del número de jueces por tribunal, reclutamiento y asignación de letrados por tribunal, reclutamiento y asignación de personal judicial, cambio de jurisdicción y tramitación de quejas.
- *Financiera*: elaboración del presupuesto judicial, asignación presupuestaria de tribunales individualizados, asignación de recursos dentro de cada tribunal, apoyo no monetario a los tribunales (letrados).

³³ Un ejemplo paradigmático de evolución y de paso a sistemas de órganos independientes sin llegar a constituir *modelos de consejo* lo constituye el británico. En castellano sobre dicho modelo véase Fernández Riveira (2019). Igualmente interesante es el checo articulado sobre la base de las potestades de administración y dirección de los presidentes de los tribunales (Kosař, y Blisa, 2018: 2031 y ss.) o los expuestos en el número monográfico de la *German Law Journal* ya citado.

- *Educativa*: formación inicial y continua, organización de conferencias y encuentros, financiación de formación complementaria, formación obligatoria.
- *Comunicativa*: mecanismos de transparencia, grabación de juicios, publicación de decisiones judiciales, información presupuestara, protección de datos personales.
- *Ética*: códigos y mecanismos de garantía de ética judicial.
- *Digital*: administración de archivos y decisiones (almacenamiento de datos, nubes y servidores judiciales), acceso a internet, motores de búsqueda en internet y e-justice.
- *Reguladora*: reglas de procedimiento interno de tribunales y reglamentos de tribunales.

A partir de la aproximación realizada por el autor checo podríamos, quizás, avanzar en la actualización de la máxima que Javier Elola (paradigma de juez independiente en el peor de los contextos institucionales y estatutarios) intuiera hace noventa años y reconocer que, más allá de la concreta articulación institucional del autogobierno judicial, se ha de establecer un adecuado equilibrio entre el polo político y el técnico en el diseño de la independencia del poder judicial. Esto es, no se trata de adoptar o proponer un concreto modelo universalmente válido, sino, por el contrario, de identificar las competencias básicas que componen el gobierno y administración judicial y construir instituciones adaptadas a las tradiciones y necesidades de cada país y capaces de ejercerlas de manera que los poderes políticos no puedan ni condicionar la independencia del juez individual (dimensión estatutaria de la independencia judicial), ni socavar la confianza de los ciudadanos en la independencia de la Administración de Justicia (elemento básico del derecho de los justiciables a un juez independiente).

Para ello convendría hacer tres propuestas relativamente claras. En primer lugar, diferenciar las funciones que tienen mayor naturaleza política y, por tanto, requieren la participación más activa de órganos legitimados democráticamente. Estas decisiones que serían posiblemente algunas de las relativas a personal (muy singularmente los nombramientos para las más altas instancias jurisdiccionales o para las presidencias de órganos colegiados), a materias presupuestarias generales (la fijación de los presupuestos en materia de justicia) y a las bases de las competencias reguladoras. Estas competencias han de ser ejercidas con una indudable presencia de la *política*, entendida como la intervención determinante en el proceso decisorio de personas u órganos con legitimidad democrática que habrán de operar junto a órganos de naturaleza técnica (no solo, aunque también corporativa) que eviten la arbitrariedad en la toma de decisiones. Por el contrario, la inmensa mayoría del autogobierno

judicial que tiene una naturaleza estrictamente técnica puede ser asignado tanto a órganos puramente corporativos como a entidades exclusivamente administrativas siempre que se asegure un estricto sometimiento a la ley que les aleja de cualquier posibilidad de uso políticamente interesado.

En segundo lugar, no parece haber sido una buena idea concentrar en un solo órgano todas las competencias de gobierno y administración judicial. La facilidad con la que dichos órganos pueden ser capturados tanto por la política democrática (especialmente los partidos), como por la política corporativa o incluso por grupos de interés ajenos aconseja desconcentrar las competencias de autogobierno. El carácter necesariamente descentralizado del poder judicial facilita enormemente esa tarea fortaleciendo los aparatos administrativos de los tribunales de las diferentes instancias para la gestión del funcionamiento diario de los tribunales. Incluso la adopción de modelos de agencia para el ejercicio de determinadas competencias (formación, digital o comunicación) podría ser una estrategia razonable de distribución del gobierno judicial para evitar su control por instancias ajenas.

En tercer y último lugar (aunque no en importancia), el autogobierno judicial requiere que todas las decisiones adoptadas en su ejercicio se ajusten estrictamente a las leyes que en este punto habrían de ser particularmente claras y previsibles. Ello no implica cercenar la capacidad autónoma de decisión, sino garantizar la eliminación de la arbitrariedad. Este control jurisdiccional habrá de ser especialmente estricto en aquellos aspectos más sensibles para el resto de vertientes de la independencia judicial (subjética y estatutaria) lo que garantizaría la suficiente motivación de las decisiones de gobierno judicial sea quien sea quien ejerza las competencias sobre todo en materia de promoción, disciplinaria, las relativas a la inamovilidad y a la responsabilidad de jueces y magistrados en el ejercicio de su función.

Estas tres propuestas no presuponen un modelo concreto. Puede ser la creación de un consejo que siga la estela del italiano o puede ser casi cualquier otro de los que los Estados europeos han venido desarrollando en los últimos años. Un modelo que variará según las tradiciones constitucionales de cada Estado y de las características singulares de sus propios poderes judiciales. Pero, sea cual sea el modelo, en todos ellos no habrá de prescindirse totalmente de la política democrática ni tampoco de la representación corporativa; habrán de establecerse cautelas para evitar que la justicia, como poder, sea capturada por intereses ajenos a la garantía de su función y, en fin, se deberá asegurar plenamente la supervisión jurisdiccional por tribunales independientes de la toma de decisiones más influyentes en el aseguramiento de la independencia de cada juez.

Al apuntar estas propuestas, en el fondo no hacemos sino volver la vista atrás al concepto de autonomía judicial defendido en la constituyente de 1931. Autonomía no significa capacidad plena de decisión, sino autogobierno

limitado. Autonomía es política. Pero política limitada a la gestión de los intereses que son propios. La autonomía judicial ha de vincularse a la defensa de un concreto fin: la garantía de la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. No es un fin en sí mismo ni una fórmula de representación corporativa al margen de los cauces democráticos. Solo es un medio.

Bibliografía

- Adam, S. (2019). Judicial Independence as a Functional and Constitutional Instrument for Upholding the Rule of Law in the European Union. *Rule of Law in Europe. Perspectives from Practitioners and Academics*, 15-42.
- Adam, S. y Van Elsuwege, P. (2018). L'Exigence d'indépendance du juge, paradigme de l'union Européenne comme union de droit. *Journal de Droit Européen*, 334-343.
- Alcalá Zamora, N. (1937). La Justicia según la Constitución Española de 1931 y sus leyes complementarias (conferencia pronunciada en el Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de París el 1 de junio de 1937). En *Ensayos de Derecho Procesal, Civil, Penal y Constitucional* (pp. 547-584). Buenos Aires: Revista de la Jurisprudencia Argentina.
- Andrés de Santamaría, P. (2021). Rule of law and judicial independence in the light of the CJEU and ECtHR case law. En C. Izquierdo-Sanz, C. Martínez-Capdevila, M. Nogueira-Guastavino (eds). *Fundamental Rights Challenges, Horizontal Effectiveness, Rule of Law and Margin of National Appreciation* (pp. 167-187). Cham: Springer. Disponible en: https://doi.org/10.1007/978-3-030-72798-7_9.
- Andrés Ibáñez, P. (2021). El Consejo: la institución devastada. *Jueces para la Democracia*, 100, 75-88.
- Andrés Ibáñez, P. y Movilla Álvarez, C. (1986). *El poder judicial*. Madrid: Tecnos.
- Aparicio Pérez, M. Á. (1995). *El status del poder judicial en el constitucionalismo español, (1808-1936)*. Barcelona: Universidad de Barcelona.
- Bobeck, M. y Kosař, D. (2013). *Global Solution, Local Damages: A Critical Study in Judicial Councils in Central and Eastern Europe*. Department of European Legal Studies. Research Paper in Law, 07. Department of European Legal Studies. Disponible en: <https://doi.org/10.2139/ssrn.2351299>.
- Bustos Gisbert, R. (2020a). Comunicación transjudicial en Europa en defensa de la independencia de los jueces. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 33, 148-163.
- (2020b). ¿Un *soft law* con dientes?: la influencia de los textos no vinculantes del Consejo de Europa sobre independencia judicial en el TEDH y en la UE. *Teoría y Realidad Constitucional*, 47, 161-198. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.47.2021.30711>.
- (2022). *Independencia judicial e integración europea*. Valencia: Tirant.
- Campos Sánchez-Bordona, M. (2020). La protección de la independencia judicial en el Derecho de la Unión Europea. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 65, 11-31. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.65.01>.
- Claes, M. y De Visser, M. (2010). Are you Networked Yet? On Dialogues in European Judicial Networks. *Utrecht Law Review*, 8 (2), 100-114. Disponible en: <https://doi.org/10.18352/ulr.197>.

- Fernández Riveira, R. M. (2019). El modelo británico de nombramientos judiciales: «judicial independence in Law». *Teoría y Realidad Constitucional*, 44, 453-482. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.44.2019.26014>.
- Iñiguez Hernández, D. (2008). *El fracaso del autogobierno judicial*. Madrid: Civitas.
- Kosař, D. (2017). Nudging Domestic. Judicial Reforms from Strasbourg: How the European Court of Human Rights shapes domestic. judicial design. *Utrecht Law Review*, 13 (1), 112-123. Disponible en: <https://doi.org/10.18352/ulr.368>.
- (2018). Beyond Judicial Councils: Forms, Rationales and Impact of Judicial Self-Governance in Europe. *German Law Journal*, 19 (7), 1567-1612. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S2071832200023178>.
- Kosař, D. y Blisa, A. (2018). Court Presidents: The Missing Piece in the Puzzle of Judicial Governance. *German Law Journal*, 19 (7), 2031-2076. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S2071832200023324>.
- Kosař, D. y Bobeck, M. (2013). Global Solution, Local Damages: A Critical Study in Judicial Councils in Central and Eastern Europe. *Department of European Legal Studies, Research Paper in Law*, 15 (7), 1257-1292. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S2071832200019362>.
- Kosař, D. y Lixinski, L. (2015). Domestic. Judicial Design by International Human Rights Courts. *The American Journal of International Law*, 109 (4), 713-760. Disponible en: <https://doi.org/10.5305/amerjintlaw.109.4.0713>.
- Landau, D. (2013). Abusive constitutionalism. *UC Davies Law Review*, 47, 189.
- (2018). Populist Constitutionalism. *University of Chicago Law Review*, 85, 521.
- Laporta San Miguel, F. J. (2019). Sobre la independencia del juez. *Claves de Razón Práctica*, 265, 102-115.
- Lenaerts, K. (2019). Overview of the Case Law of the Court of Justice of the European Union with respect to the Rule of Law. En P. Craig, S. Adam, N. Díaz Abad, L. Salazar. *Rule of Law in Europe: Perspective from practitioners and academics* (pp. 70-79). Brussels: European Judicial Training Network.
- (2020). New horizons for the Rule of Law Within the EU. *German Law Journal*, 21 (1), 29-34. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/glj.2019.91>.
- Lucas Murillo de la Cueva, P. (2018). *La independencia y el gobierno de los jueces. Un debate constitucional*. Madrid: Reus. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.40.2017.20911>.
- Martín Rodríguez, Pablo J. (2021). *El Estado de derecho en la Unión Europea*. Madrid: Marcial Pons; AEDEUR. Disponible en: <https://doi.org/10.23071/j.ctv2zp5086>.
- Martín y Pérez de Nanclares, J. (2019). La Unión Europea como comunidad de valores: a vueltas con crisis de la democracia y del Estado de derecho. *Teoría y Realidad Constitucional*, 43, 121-159. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.43.2019.24401>.
- Nußberger, A. (2019). Rule of Law in Europe. Demands and Challenges for the European Judiciary. En P. Craig, S. Adam, N. Díaz Abad, L. Salazar. *Rule of Law in Europe: Perspective from practitioners and academics* (pp. 80-85). Brussels: European Judicial Training Network.
- Pérez Serrano, N. (1932). *La Constitución española*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

- Sadurski, W. (2018). *How Democracy Dies (in Poland): A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding*. Sidney Law School Research Paper, 18/01. Disponible en: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3103491>.
- Scheppele, K. L. (2016). *Worst practices and the Transnational Legal Order (or How to build a Constitutional «Democratship» in Plain Sight*. Background Paper: Wright Lecture, University of Toronto. Disponible en: <https://bit.ly/3DcVfwR>.
- Scheppele, K. L. (2018). Autocratic Legalism. *University of Chicago Law Review*, 85 (2), 545-584.
- Siebert-Fohr, A. (2009). Judicial Independence in European Union Accessions: The Emergence of a European Basic Principle. *German Yearbook of International Law*, 52, 405-418.
- Teoría y Realidad Constitucional. (2016). Encuesta sobre la independencia del poder judicial (autores encuestados: R. Bustos Gisbert, J. Fernando López Aguilar, P. Lucas Murillo de la Cueva y Á. Rodríguez Vergara). *Teoría y Realidad Constitucional*, 38, 15-58. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.38.2016.18621>.
- Ugartemendía Eceizabarrena, J. I. (2020). Tutela judicial efectiva y el Estado de derecho en la UE y su incidencia en la Administración de Justicia de los Estados miembros. *Teoría y Realidad Constitucional*, 46, 309-341. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.46.2020.29114>.
- Vázquez Osuna, F. (2003). Francisco Javier Elola Díaz-Varela, la lealtad de un magistrado al Estado de derecho hasta las últimas consecuencias. *Jueces para la Democracia*, 43, 41-49.