

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Vol. 70/1 enero-junio 2022

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7012022>

DERECHO AL DERECHO. INDEPENDENCIA JUDICIAL
Y EXCLUSIVA DEPENDENCIA A LA LEY
(A propósito de la STEDH Gudmundur Andri Astráðsson c.
Islandia)

*Independence of the justice system.
Rule of Law as Human Right
(Case of Gudmundur Andri Astráðsson c. Islandia)*

Fernando Álvarez-Ossorio Micheo
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Sevilla

<https://doi.org/10.18543/ed.2495>

Derechos de autoría / Copyright

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público es una revista de acceso abierto, lo que significa que es de libre acceso en su integridad. Se permite su lectura, la búsqueda, descarga, distribución y reutilización legal en cualquier tipo de soporte sólo para fines no comerciales, sin la previa autorización del editor o el autor, siempre que la obra original sea debidamente citada y cualquier cambio en el original esté claramente indicado.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público is an Open Access journal which means that it is free for full access, reading, search, download, distribution, and lawful reuse in any medium only for non-commercial purposes, without prior permission from the Publisher or the author; provided the original work is properly cited and any changes to the original are clearly indicated.

Estudios de Deusto

© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 70/1, enero-junio 2022, págs. 55-79
<http://www.revista-estudios.deusto.es/>

DERECHO AL DERECHO. INDEPENDENCIA JUDICIAL
Y EXCLUSIVA DEPENDENCIA A LA LEY
(A propósito de la STEDH Gudmundur Andri Astráðsson c.
Islandia)

*Independence of the justice system.
Rule of Law as Human Right
(Case of Gudmundur Andri Astráðsson c. Islandia)*

Fernando Álvarez-Ossorio Micheo
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Sevilla

<https://doi.org/10.18543/ed.2495>

Recibido: 29.05.2022

Aceptado: 14.06.2022

Publicado en línea: junio 2022

“No importa lo que digas.
Voy a colgarte porque yo soy la ley
y la ley es el brazo fuerte de la justicia.
¡Coged una cuerda!”
(The life and times of Judge Roy Bean)

Resumen

La independencia judicial como valor y principio del sistema jurídico se reviste de derecho subjetivo para que cualquier ciudadano pueda salir en su defensa. Las afrentas a la independencia de los jueces y magistrados, externas o internas, pueden ser alegadas ante los tribunales sin necesidad de demostrar un daño específico o concreto, es decir, incluso en situaciones en que la actuación de la justicia no haya dado muestras de parcialidad. Este derecho individual a un juez independiente tiene como objeto la protección de la confianza que los ciudadanos han de tener en la justicia, es

decir, la salvaguarda del poder del Estado que se ocupa de garantizar la *indemnidad* del ordenamiento jurídico en el momento de su aplicación frente a presiones ilegítimas. En estas páginas analizaremos, a partir de una sentencia piloto del TEDH, como la independencia judicial es un derecho subjetivo pensado para la defensa del Estado de Derecho.

Palabras clave

Independencia judicial, derecho a un tribunal independiente, Estado de Derecho, imperio de la ley, división de poderes.

Abstract

Judicial independence as a value and principle of the legal system becomes a subjective right so that any citizen can come to its defense. Offenses to the independence of judges and magistrates, external or internal, can be alleged before the courts without the need to demonstrate specific or concrete damage, that is, even in situations in which the actions of the justice system have not shown partiality. This individual right to an independent judge is intended to protect the trust that citizens must have in justice, that is, to safeguard the power of the State that is responsible for guaranteeing the indemnity of the legal system at the time of its application from unlawful pressure. In these pages we will analyze, based on a pilot judgment of the ECHR, how judicial independence is a subjective right designed to defend the rule of law.

Keywords

Judicial independence, right to an independent court, rule of law, Independence of the justice system, separation of powers.

SUMARIO: I. INDEPENDENCIA JUDICIAL: LA DEPENDENCIA EXCLUSIVA DE LA LEY. II. LA INDEPENDENCIA JUDICIAL Y SU SALTO HACIA LOS DERECHOS. III. DISECCIÓN DEL CASO GUDMUNDUR ANDRI ASTRÁDSSON. 1. Los sucesos de Reikiavik. *Tempus regit actum*/el tiempo lo cura todo. 2. La doctrina de Estrasburgo: preeminencia del Derecho y solo jueces para la preeminencia del Derecho. IV. EPÍLOGO: EN DEFENSA DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INDEPENDENCIA JUDICIAL: LA DEPENDENCIA EXCLUSIVA DE LA LEY

Los jueces y magistrados han de ser independientes incluso de sí mismos. Tienen que procurar que, cuando juzguen y hagan ejecutar lo juzgado, no sea su justicia la que quieran impartir y sí, como debe ser, otra distinta que no les pertenece. Sin embargo, demostrar que esto es así, porque ha de serlo, es empresa difícil. Resulta imposible meterse en el vientre de un juez¹ cuando ejerce su tarea de interpretar la norma, de comprender y subsumir los hechos en sus pronunciamientos y de, acto seguido, dictar la resolución que su juicio le marca. ¿Hemos dicho su juicio?, un *lapsus mentis*, disculpen. Las ciencias del comportamiento, la psicología e incluso la psiquiatría entiendo que deberían jugar aquí un papel principal, pero tampoco creo que nada de esto pueda aclararnos mucho². Por eso, para nuestra tranquilidad pública, nos decimos con cierta pompa y solemnidad que todo juez, a la hora de ejercer la función que las vestes de su poder le atribuyen, debe abandonarse y apartarse de su propia voluntad para aplicar la de otro, una voluntad que además puede que no coincida con la suya propia o que incluso esté en sus antípodas. Con todo, cuánto de su propia idea de la justicia pueda de forma callada introducirse en esa toma de decisión es un misterio insondable, un algoritmo oscuro del que desconocemos sus últimas entrañas. Es por eso que recurrimos a las apariencias, a revestir su función jurisdiccional de los atributos y ropajes que los escalan en la posición social, que los apartan del mundo y su ruido. Los jueces son independientes y nada ni nadie debe perturbar su importante quehacer, es lo convenido y lo conveniente.

A los jueces, por su parte, corresponde parecer que lo son, que responden a ese arquetipo funcional y personal. Así, por ejemplo, se enturbia su imagen

¹ Cfr., y oígame Wim Mertems y su banda sonora para la película *El vientre de un arquitecto*, de Peter Greenaway, 1987.

² Es de obligada lectura el ensayo de Simon, D., *La independencia judicial*, Barcelona, Ariel, 1985. Si no concluyo mal, para Simon la independencia judicial es un imposible que, sin embargo, no se puede eludir.

cuando se habla con extraña naturalidad de jueces conservadores o progresistas. Por el contrario, la idea de un juez plenamente consciente de su función nos debe aproximar a la idea moral y ética del juez de virtudes republicanas: un juez que se sale de la melé social y política por propia voluntad para atender como se debe a la que es su misión constitucional y que solo a él le ha sido atribuida. Un juez, pues, que no opina públicamente, que reduce sus derechos fundamentales de participación a la mínima expresión y que solo se pronuncia hacia fuera, hacia la sociedad a la que se debe, cuando dicta una sentencia o emite cualquier otro tipo de resolución en el curso de los procesos que dirige. El juez debe ser independiente y debe perseguir aparentarlo. Hay en esta operación de significarse frente al resto de ciudadanos algo de encumbramiento de los miembros del Poder Judicial, la independencia como germen de una deferencia social hacia quienes tienen depositada en sus manos la función de impartir justicia. Esta veneración puede, sin embargo, ser fuente de malos entendidos. Sin llegar a la idea del juez irresponsable, porque no lo son, sí se puede caer en la tentación de pensar que es al juez y solo al juez al que corresponde hacer justicia desde su propia idea de la misma y nada más lejos está esta idea de lo que *debe ser*.

La independencia que se reclama de los jueces tiene un sentido último y profundo, y este no es otro que el de señalar y poner a resguardo de cualquier presión su auténtica y única dependencia: el sometimiento absoluto de los integrantes del poder judicial a la ley, a la voluntad del legislador³. La indemnidad del derecho es el objetivo único y exclusivo de la función jurisdiccional. Apartando su propia voluntad tanto cuanto sea posible, el juez debe jugar y hacer ejecutar lo juzgado desde el imperio exclusivo de la ley. De ahí que sea tan importante su formación jurídica como su apariencia de quedar al margen de los conflictos sociales. De la antigua justicia del Rey a la moderna justicia en y desde la ley, de la vieja arbitrariedad a la bienvenida razón jurídica, hay un largo trecho histórico cargado de reclamos por parte de una sociedad que se quiere libre y que para conseguirlo implora seguridad jurídica. Una de las ramas en que se trocea el poder del Estado debe configurarse, diseñarse, para que su único cometido sea el de imponer la fuerza del derecho, es decir, la coacción jurídica legítima en aquellas situaciones en que pueda surgir una controversia. La perfección del derecho en su extremo más concreto y real debe quedar libre de cualquier interferencia. Es por eso que resulta aberrante la idea del “juez justo” que reclama de súbito la soga, pues la justicia es un valor subjetivo y, por lo tanto, de existencia múltiple,

³ Sigo aquí, y muy de cerca, los como siempre excelentes trabajos del profesor Requejo Pagés, J. L., “Dependencias y servidumbres del juez independiente”, REDC, 76, 2006, pp. 75-94. Asimismo, su monografía *Jurisdicción e independencia judicial*, Madrid, CEC, 1989.

habiendo tantas justicias como individuos sean miembros de la comunidad. Lo que debe quererse es un juez de la ley, jueces a esta únicamente sujetos, en exclusividad, y que, jurídicamente formados, sepan interpretarla y aplicarla con el método jurídico adecuado.

Las comunidades de derecho sitúan a las normas como la razón de ser de su convivencia. Normas que en su elaboración, mientras son tramitadas, son permeables a todas las influencias. Con más razón si cabe en las sociedades democráticas avanzadas, pues en estas el pluralismo político y social es la razón dialéctica de las leyes que se aprueben. Pero una vez aprobadas, preñadas como lo han sido del sentido de justicia que la sociedad en ese instante tiene, a quien corresponde aplicarlas y de este modo finalizar su perfeccionamiento, no debe añadir cualquier otra voluntad externa que el legislador pudo bien haber rechazado expresamente, obligándose por tanto a aplicar tan solo la voluntad que emana de la propia norma jurídica, la que ha de emplear en la resolución del caso concreto.

El juez en este sentido republicano del que hablábamos más arriba se construye desde su propio comportamiento⁴, al tiempo que desde el propio ordenamiento jurídico se le pueden acotar la panoplia de derechos de la que son titulares como ciudadanos⁵. En cualquier caso, corresponde a los jueces en gran medida crearse social y políticamente la apariencia de “funcionarios” independientes, devotos de la función constitucional que encarnan. Para esta independencia personal, sin embargo, es difícil pensar en algo más allá de lo expresado, pues se trata de la imagen que el juez dé frente al resto de la sociedad en el combate entre su voluntad personal, su cosmovisión, y la voluntad ajena que debe aplicar cuando ejerza como magistrado e imparta justicia, la que dimana en exclusiva de la ley. Esta concepción de un juez próximo a la virtud republicana lo baja del pedestal en el que pudiéramos haberlo situado. No es su justicia la que aplica, pues su boca tan solo reproduce lo que viene prescrito en la ley aplicable al caso. Cosa distinta es que sea esa propia ley aplicable la que recurra a términos abiertos como por ejemplo el de equidad, pero incluso en este caso es la propia ley la que le pide al juez, y a los demás intérpretes jurídicos implicados en el caso concreto, que sea él el que aporte lo que la ley no quiso concretar y dejó para una valoración en la terminación del proceso normativo, para el momento de aplicación de la norma.

⁴ Oí decir en una ocasión a un antiguo magistrado del Tribunal Constitucional que mientras lo fue no ejerció su derecho de sufragio activo. En la medida en que era juez de la constitucionalidad de la ley no creía oportuno formar parte del proceso electoral que decanta la mayoría política que elaborará las leyes. Sin que su derecho de sufragio estuviese limitado o restringido, su conciencia le pedía mantenerse al margen del juego político.

⁵ Vid., art. 127.1 CE.

Si resulta, sin embargo, más sencillo elucubrar sobre las “dependencias externas” a las que los jueces pueden verse arrastrados indebidamente, interfiriendo de este modo su quehacer jurisdiccional⁶. Por esa misma razón de sencillez no se encuentra dificultad a la hora de bocetar las contramedidas necesarias para que, en el acto de juicio, los titulares de la función jurisdiccional no se vean sometidos a otras voluntades externas distintas a las de las leyes que deben aplicar. Jueces y magistrados, integrantes del Poder Judicial, orgánica, funcional y presupuestariamente independientes del resto de poderes del Estado, este sería fundamentalmente el objetivo a alcanzar en el diseño de un poder integrado por miles de jueces y diseminado por todo el territorio estatal⁷. Influencias externas que, en el imaginario colectivo, tienen al poder ejecutivo como el depredador más insaciable de la independencia que se debe preservar para garantizar la indemnidad del derecho y con él la libertad de la entera comunidad que convive a su través⁸.

Cualquier hilo de presión que pueda existir entre alguno de los poderes del Estado y el poder judicial debe ser disuelto y sus nudos, si quedase algún vestigio, desamarrados. Conviene aquí señalar la profundidad que debe tener la operación de diseño de la arquitectura judicial. Las apariencias aquí cuentan mucho, pues lo que está en juego es un intangible de mucho valor, la confianza que los ciudadanos tienen depositada en la justicia. Una confianza que debe sostenerse en el tiempo y ser sólida si no se quiere incurrir en el desmontaje del propio Estado de Derecho. Una desconfianza al alza en los jueces es el principio de un movimiento giratorio que aumenta la revoluciones de la desafección para con el Estado. De este modo, habrá que pensar que los pilares de la independencia deben comenzar a colocarse desde el principio del montaje jurisdiccional, es decir, desde el momento de nombramiento de los jueces, y deben llegar hasta el instante en que los jueces dejan de serlo. En medio queda toda la vida de un juez y todo lo que a ella es relativo: si puede

⁶ Art. 14.1 LOPJ: “Los Jueces y Magistrados que se consideren inquietados o perturbados en su independencia lo pondrán en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial, dando cuenta de los hechos al Juez o Tribunal competente para seguir el procedimiento adecuado, sin perjuicio de practicar por sí mismos las diligencias estrictamente indispensables para asegurar la acción de la justicia y restaurar el orden jurídico”.

⁷ Una idea de la independencia que se alarga como sombra bajo la que cobijarse frente al asalto de los otros poderes que no son del Estado. Pensamos por ejemplo en la prensa, en los medios de comunicación, y en su capacidad para influir en la acción de la justicia.

⁸ Cabe añadir que la capacidad de influencia del poder legislativo no es desdeñable. Piénsese, por ejemplo, en las validaciones legislativas como una forma de burla de los dictados judiciales, por no mencionar las reformas legislativas que afectan directamente al estatuto jurídico de los jueces. Asimismo, debemos hacer mención de los juicios paralelos en prensa (el denominado cuarto poder) y la influencia que estos pueden tener en la función jurisdiccional.

ser removido de su puesto y en qué circunstancias, si puede ser sancionado y en virtud de qué proceso y causa, si puede ser trasladado y por qué razones, y, en fin, cualquier otra circunstancia en la que poderes externos al judicial puedan colocar al juez en una situación de dependencia que pudiera nublar su voluntad de someterse exclusivamente a la voluntad de la ley⁹. Con estos mimbres debe poder armarse un cesto de confianza lo suficientemente denso como para evitar la más mínima duda de interferencia.

“El TEDH ha declarado reiteradamente que, para determinar si un tribunal puede ser calificado de independiente a efectos del artículo 6, apartado 1, del CEDH, debe tenerse en cuenta, en particular, la forma de nombramiento de sus miembros y la duración de su mandato, la existencia de garantías frente a las presiones externas y si el órgano presenta una apariencia de independencia”¹⁰.

La independencia judicial, con este sentido de dependencia exclusiva a la ley y como garantía de la indemnidad del ordenamiento jurídico, es el principio sobre el que van a girar el resto de principios que habitualmente sostienen el entramado judicial y que se reconocen históricamente en las Constituciones nacionales¹¹: “La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por jueces y magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”, art. 117.1 CE¹². Y a su vez, todos ellos, el principal y los accesorios, en función de una finalidad principal: la vinculación de todos los poderes y todos los ciudadanos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE).

II. LA INDEPENDENCIA JUDICIAL Y SU SALTO HACIA LOS DERECHOS

No hay derechos sin garantía, eso dice la máxima jurídica de forma simplificada. Los derechos pierden toda su juridicidad si no hay juez al que

⁹ Art. 15 LOPJ: “Los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en esta Ley”.

¹⁰ Conclusiones del Abogado General E. Tanchev en el caso A.K. (C-585/18) c. Krajowa Rada Sadownictwa, de 27 de junio de 2019, párr. 119.

¹¹ Un principio estructural que se traslada al mundo de los derechos en el marco del derecho internacional: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”, art. 6.1 CEDH.

¹² Art. 117.2 CE: “Los jueces y magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley”.

acudir para instar su protección. Solo con juez es posible hablar de derechos. De modo que la tutela judicial y los derechos van de la mano, pues la primera sólo tiene sentido para la defensa de los segundos y estos solo pueden ser tenidos como tales, como verdaderos derechos subjetivos, si hay una instancia que los pueda garantizar llegado el caso. Pero tras lo expresado párrafos arriba, quizás sea demasiado reductor el que se circunscriba la idea de juez al exclusivo mundo de los derechos. Tal vez las cosas cobren su sentido completo si del plural, derechos, pasamos a expresión en singular, derecho. Porque tan verdad como lo anterior es que, en realidad, “no hay derecho sin garantía”, es decir, sin una instancia de poder que diga, con carácter definitivo, cuál es el derecho para cada situación de la realidad. Es decir, una instancia de poder que lo determine y aplique y cuya decisión no pueda ser revisada, por más que se encuentren en ese proceso de determinación del derecho aplicable y sus efectos varias instancias y que incluso estas se contradigan entre sí, pues siempre habrá una última (la jurisprudencia, en este sentido, no es fuente de derecho, sino razón de eficiencia). Y esto es lo importante, que exista una última instancia (suprema) y que tenga además la última palabra, y que nadie la pueda discutir. La creación de la normas es un tracto continuo que concluye con su aplicación a los casos concretos por parte de los jueces y tribunales, siendo estos los últimos en la larga cadena de decisiones de la creación normativa.

La tutela judicial deviene por esta razón y antes que nada un elemento objetivo del propio sistema, pues sin su existencia la producción normativa en el seno de la comunidad jurídica sería un proceso inacabado, carente de todo sentido. Sin un poder que pueda afirmar el derecho aplicable a los casos que así lo requieran de nada servirían los sistemas jurídicos. Un factor este, el de la tutela judicial, que muta en derecho subjetivo con ánimo redundante, pues su existencia es consustancial al propio sistema jurídico. Y además, como se puede colegir, como derecho autónomo, independiente por lo tanto del objeto o causa que se traiga a conocimiento del juez o tribunal. Es el ordenamiento jurídico en toda su extensión el que busca su indemnidad en sede judicial.

Pero si la existencia de un juez para el derecho deviene derecho subjetivo, ese devenir arrastra consigo las características intrínsecas con las que ha de envolverse a los miembros del poder judicial. Si hay derecho a un juez, que este sea como debe ser. La configuración del poder judicial como poder independiente tanto interna como externamente se comprime dentro del derecho genérico a la tutela judicial en defensa de los derechos y de cualquier otro interés legítimo. Y a la independencia van aparejados los demás elementos que le sirven y que antes hemos señalado. De modo que el derecho al juez se completa con el derecho a un determinado tipo de juez. Un juez partisano o vicario del poder al que se pretende controlar deja de ser juez para

convertirse en brazo armado del poder al que se debe. El derecho es a un juez independiente, lo que es lo mismo que decir al juez que en un Estado de Derecho debe ser.

“Por lo tanto, en el supuesto contemplado en el apartado 160 de la presente sentencia, el órgano jurisdiccional nacional está obligado a garantizar, de acuerdo con sus competencias, la protección jurídica para los justiciables derivada de lo dispuesto en el artículo 47 de la Carta¹³ y en el artículo 9, apartado 1, de la Directiva 2000/78 y a asegurar la plena eficacia de dichos artículos, dejando sin aplicar, en caso necesario, cualquier norma nacional que los contradiga (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de abril de 2018, Egenberger, C-414/16, EU:C:2018:257, apartado 79). Pues bien, una disposición nacional que otorgase competencia exclusiva para conocer de un litigio en el que un justiciable alegue, como en el caso de autos, una violación de derechos derivados de normas del Derecho de la Unión a un determinado órgano que no reúna las exigencias de independencia e imparcialidad derivadas del artículo 47 de la Carta privaría al interesado de toda tutela judicial efectiva, en el sentido de este artículo y del artículo 9, apartado 1, de la Directiva 2000/78, y vulneraría el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 47 de la Carta (véase, por analogía, la sentencia de 29 de julio de 2019, Torubarov, C-556/17, EU:C:2019:626, apartado 72)”, STJUE A.K. (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo), de 19 de noviembre de 2019, ECLI:EU:C:2019:982, apartados 164 y 165.

Como corolario a todo lo dicho, recordaremos lo prevenido en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, un artículo que en pocas líneas resume esta idea que engarza el derecho a la tutela judicial con la formulación de la separación de poderes y la sitúa como eje central del nuevo orden constitucional, el origen del Estado moderno: “*Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n’est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution*”¹⁴. La independencia de los jueces y

¹³ Art. 47 CDFUE: Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial. Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.

¹⁴ En la misma Declaración se contiene en su art. 6 la idea de la ley, vale decir la del derecho, como fuente legítima y exclusiva de todo el deber ser, la ley como expresión de la voluntad popular a cuya formación los ciudadanos pueden concurrir por sí mismos o por medio de representantes.

magistrados pivota ahora entre lo estructural y lo subjetivo. Los integrantes del poder judicial deben ser independientes y parecerlo, la justicia debe ser hecha y parecerlo y, además, hay derecho, del que todas las personas dependientes de la jurisdicción del Estado son titulares, a que cuando reclamen la aplicación de la ley a una disputa, cuando exijan justicia, quien ejerza esa función jurisdiccional sea un servidor con exclusivo apego a la voluntad del legislador, es decir, que sea impartida por un funcionario o “funcionarios sin jerarquía” cuya única misión sea la de garantizar la indemnidad del ordenamiento.

En lo que sigue trataremos de exponer, a partir de una sola sentencia del TEDH, cómo la protección del derecho a la tutela judicial en esta vertiente estructural, a que la justicia sea impartida por jueces independientes, tiene mucho de defensa objetiva del ordenamiento. Dicho sea con sencillez, lo de menos es quién sea la presunta víctima de la lesión, toda vez que el recurrente pudiera ser cualquier persona cuyo pleito haya sido sustanciado ante el órgano jurisdiccional del que su independencia puede ser cuestionada. Así pues, la consecuencia más importante de haber mutado en derecho subjetivo una característica intrínseca del Estado de Derecho, como es la separación de poderes y la necesaria independencia del poder judicial (incluso en sus formas aparentes), no es otra que la de la transformación de esa acción en defensa de derechos subjetivos en auténtica acción pública en interés del propio sistema jurídico. Las demandas individuales que reclaman la independencia del tribunal que debe impartir justicia en un pleito determinado tienen efectos expansivos, pues sus consecuencias, al desbordar los límites del caso concreto, lo son para la entera configuración del poder judicial. Esta *actio popularis*, con elemento particular que la legitima, en defensa de la independencia del poder judicial, diferencia estos casos de aquellos otros en los que se discute la imparcialidad que, asimismo, se debe presumir de los jueces y magistrados. La imparcialidad responde a la garantía de neutralidad que los jueces deben acreditar y granjearse ante las partes en el proceso. En estos supuestos sí resulta importante saber quién es quién en el concreto juicio y cuáles sean o hayan podido ser sus relaciones con algunos de los intervinientes en el mismo o el conocimiento que sobre el asunto se haya podido tener ex ante de la celebración del proceso, en definitiva, el conjuro frente a los prejuicios extra sistémicos que impliquen una denegación de recta justicia. La cuestión a resolver en los casos de ausencia de imparcialidad se encierra en la propia sala en la que se sustancia el asunto, siendo sus efectos, por consiguiente, limitados, sin afectación para la propia configuración del estatuto judicial. La independencia, por contra, si bien no siempre es así, como venimos diciendo, tiene efectos que van más allá del caso concreto, y esto, como se está pudiendo comprobar en estas fechas¹⁵, hace del

¹⁵ El TEDH ya tiene acumulados varios casos contra Polonia en los que se pone en cuestión el desmontaje del Estado de Derecho por parte del Gobierno y su mayoría parla-

derecho subjetivo a un tribunal independiente un útil muy adecuado para, desde un caso concreto, intentar salvaguardar al Estado democrático de Derecho de su desmontaje por las fuerzas políticas populistas hoy presentes en los gobiernos de los varios Estados europeos.

III. DISECCIÓN DEL CASO GUDMUNDUR ANDRI ASTRÁDSSON

Permítaseme que empiece por el final del caso que va a servir de columna vertebral de las páginas que siguen, por las consecuencias que se derivan de la declaración por parte del TEDH de una violación del derecho a un tribunal independiente y establecido por la ley. El Tribunal de Estrasburgo considera que tal declaración debe llevar al Estado defensor a extraer las conclusiones que se imponen y a tomar las medidas generales necesarias y adecuadas que permitan solucionar los problemas que están en el origen de la constatación de la violación y de esta forma impedir que casos parecidos vuelvan a producirse en el futuro. Asimismo, concluye el Tribunal, la presente sentencia no implica que el Estado se vea en la obligación de reabrir todos los asuntos similares al enjuiciado y sobre los han recaído los efectos de la cosa juzgada, es decir, cuyas sentencias son firmes. Como adelanto, diremos que la independencia en origen, en el momento de nombramiento de los jueces, no implica que los jueces nombrados no hayan impartido recta justicia en los casos de que hayan podido conocer.

La razón de empezar por donde la sentencia termina, más allá de lo que tiene de licencia del autor, no es otra que la de enlazar con todo lo que veníamos diciendo. Cuando lo que se discute es la posible dependencia de los jueces y magistrados de poderes extraños a los de la ley, el Tribunal que así lo declara tiene o debe tener puesta la vista más allá del caso concreto. Las deficiencias sistémicas que puedan salir a la luz tras el estudio de un caso deben preocupar tanto o más que la reposición del demandante en su derecho. De hecho, en el asunto que ahora expondremos, y en virtud del art. 41 CEDH (satisfacción equitativa), el recurrente obtuvo como único resarcimiento la declaración de la violación de su derecho a un tribunal establecido por la ley (art. 6 CEDH), negándosele la satisfacción pecuniaria que solicitaba por daños morales. Así las cosas, la demanda individual del Sr. Goumundur Andri Astraosson fue reconvertida por el TEDH en una acción de naturaleza pública, pues lo que se enjuiciaba era la forma de elección de los miembros

mentaria, desmontaje que ha comenzado por el Poder Judicial. Vid., STEDH Xero Flor w Polsce sp. z o.o. c. Polonia, de 7 de mayo de 2021, un caso donde se pone en cuestión la elección *contra legem* de tres jueces del Tribunal Constitucional. Asimismo, el caso Advance Pharma sp. z o.o c. Polonia, de 3 de febrero de 2022, igualmente sobre el nombramiento de magistrados en la sala civil del Tribunal Supremo.

de las salas que habían de integrar el recién creado Tribunal de Apelación islandés¹⁶, una cuestión de orden general con consecuencias para un abanico amplio de ciudadanos, pero no, mejor dicho, para la defensa del Estado de Derecho. Aún así, no por ello se pierde en ningún momento su carácter de demanda individual en el sentido del art. 34 CEDH, precepto que exige la cualidad de víctima para poder acceder a la jurisdicción de derechos humanos europea.

1. *Los sucesos de Reikiavik. Tempus regit actum/el tiempo lo cura todo*

Los hechos del caso deben ponerse en un contexto de reestructuración del poder judicial en Islandia y que afectaban tanto a su organización como a ciertos problemas de fondo que tenían que ver con la excesiva influencia que el poder ejecutivo ejercía sobre el judicial, concretamente en la fase de selección de los magistrados que deben integrar los tribunales más elevados de la planta judicial. Quedó como hecho probado en la sentencia que comentamos la preocupante desconfianza que los islandeses tenían ante su sistema judicial, así como también las advertencias contenidas en los informes de agencias evaluadoras externas del sistema judicial islandés y los propósitos de enmienda y acciones que el gobierno de la isla había puesto en marcha para limpiar la imagen de la justicia. Distintas leyes, desde 1989, habían tenido como finalidad la de ir reduciendo la influencia del gobierno en la elección de los jueces y magistrados. La creación de una comisión de expertos independiente con competencia para proponer la nómina de jueces candidatos fue el primer paso. Si la nómina de esta comisión de evaluación no era vinculante en principio, una reiterada jurisprudencia obligaba al Ministro responsable que se separase de la misma a dar públicamente las razones de su apartamiento, a motivar su decisión contraria. Tiempo después (2010), una nueva reforma obligaría a solicitar el plácet del Parlamento si el Ministro de Justicia se obstinaba en no asumir la propuesta de la comisión de evaluación. Todas estas reformas, así constaba en los preámbulos de esta diversa legislación, se hacían con el propósito de reforzar la independencia del poder judicial, haciendo en su descargo referencias a distintos instrumentos jurídicos internos y a recomendaciones de fuentes internacionales en lo que concierne al nombramiento de jueces y magistrados. Un procedimiento regular y objetivo

¹⁶ STEDH Gudmundur Andri Astradsson c. Islandia, de 1 de diciembre de 2020, Gran Sala. Un pronunciamiento que la Secretaría de TEDH va a seleccionar como caso faro de ese año por ocuparse de un asunto del que hasta la fecha no había conocido el Tribunal. Mas también es verdad que aunque la distancia que separa Reikiavik de Varsovia es mucha, no se debe desaprovechar la ocasión para trazar puentes que permitan llegar con más rapidez y mayor argumentario al lugar donde el viajero sabe que tendrá que llegar.

para el nombramiento de magistrados era, a decir del Parlamento, una pieza clave para la defensa del Estado de Derecho, para la garantía de los derechos, para la equidad en los procesos judiciales y para proteger el juego de los pesos y contrapesos entre los distintos poderes del Estado.

Con la creación de un nuevo tribunal de apelación mediante ley de 2016, este procedimiento vigente se pone en marcha para elegir a los 15 magistrados que debían integrarlo. La comisión de evaluación, cuya composición, competencia y funcionamiento habían sido regulados mediante decreto ministerial en 2010, activó el procedimiento abriendo un plazo de solicitudes. 33 fueron los candidatos que la Comisión tuvo que evaluar y, como convenido, así lo hizo, con entrevista personal incluida. La comisión de evaluación elaboró un baremo objetivo que, tras el estudio de los méritos de los aspirantes, permitió seleccionar a 15 candidatos que, según dicho baremo, habían obtenido mayor puntuación. Los 18 restantes, habiendo satisfecho todos ellos el mínimo requerido para poder ocupar uno de los puestos vacantes, quedaron como no propuestos, de tal forma que a la entonces Ministra de Justicia se le hizo llegar una lista cerrada y motivada con los 15 candidatos que a juicio de la Comisión reunían mayores méritos. A partir de aquí empiezan las cosas a torcerse.

La Ministra se dirige a la comisión pidiéndole explicaciones sobre lo cerrado que se le daba el asunto, pues no se le dejaba margen alguno de maniobra. Exige la Ministra documentación complementaria y solicita informes a los miembros de su gabinete sobre la posibilidad de apartarse de la propuesta de la comisión. Unos informes que *grosso modo* vienen a indicarle que si el acto de propuesta se alterase, como acto administrativo que es, esa alteración debe ser motivada y que, en el caso de que se modificasen las calificaciones por alteración del baremo, todos los aspirantes deberían ver sus calificaciones aumentadas o minoradas en función de los nuevos criterios empleados en sede ministerial.

La Ministra de Justicia, pese a que trató de justificar su decisión, presentó al Parlamento una lista de candidatos en la que cuatro de los quince propuestos finalmente no procedían de los propuestos inicialmente por la comisión de evaluación. La justificación que se dio, pública y publicada, venía a decir que, a diferencia de la comisión que les otorgó el mismo valor, a juicio del Ministerio de Justicia debía darse mayor peso a la experiencia judicial que a la administrativa, sobre todo teniendo presente la naturaleza de los puestos vacantes. Asimismo se empleó la discriminación entre sexos como argumento para justificar la sustitución. En su favor, y casi como una atenuante, hacía constar el ministerio que todos los aspirantes, los 33, cumplían los requisitos para cubrir las plazas del tribunal de apelación de nueva planta. Lo que no se dijo, porque tampoco podía decirse abiertamente, es que una de las candidatas propuestas en la nómina de la ministra, la jueza A.E., era la esposa

del presidente de la comisión de asuntos constitucionales del Parlamento, Sr. B.N., y que con este diputado la ministra tenía viejos y nuevos favores que saldar¹⁷. Una vez renunciando éste a su puesto de presidente por un obvio conflicto de intereses, la comisión de asuntos constitucionales decide por mayoría dar por válida la propuesta y la redirige al pleno de la asamblea para su aprobación. Por 31 votos contra 30, en una votación en bloque, la propuesta fue aprobada. La mayoría política que sostenía al gobierno no tuvo fisuras, mientras que la oposición no dio ningún voto favorable a la propuesta presentada por la responsable del departamento de justicia. Días después el Presidente de la República firmaría los decretos correspondientes de nombramiento de los jueces electos, dando por bueno el procedimiento actuado, incluida la alteración que de la nómina de candidatos propuestos por la comisión hizo la Ministra de Justicia.

Dos de los jueces excluidos en sede ministerial presentaron recurso ante el tribunal de distrito competente, pero fue el tribunal supremo quién concluiría que la actuación de la Ministra había viciado el procedimiento de elección de los nuevos magistrados. Sin embargo, tal decisión no tuvo mayores consecuencias, los cuatro magistrados que la responsable del departamento de justicia incluyó entre los quince primeros mantuvieron sus cargos, así que solo hubo compensación económica monetaria por el daño moral ocasionado a los candidatos excluidos, en particular, solo a los dos que recurrieron la decisión final.

Al TEDH no llegó el asunto a partir de esta última decisión interna definitiva, sino por vía muy distinta. El recurrente, Sr. Andri, fue acusado de conducir un vehículo a motor sin licencia y bajo los efectos de sustancias psicotrópicas, y condenado en primera instancia (diecisiete meses de prisión y retirada de por vida del permiso de circulación). Planteado recurso ante el nuevo tribunal de apelación, su letrado, solicitó que la jueza A.E. fuese apartada del mismo por considerar que se violaba su derecho a un tribunal independiente y establecido de conformidad con la ley¹⁸. Confirmada la condena e inatendida su demanda de que la jueza en cuestión fuese apartada del proceso, el recurrente instó ante el Tribunal Supremo la nulidad de la sentencia

¹⁷ Según se narra en la sentencia, el recurrente hacía ver que el diputado Sr. B.N. había cedido su puesto de cabecera a la Ministra en la lista electoral de la circunscripción por la que ambos se presentaban. Paradójicamente, ambos eran miembros del partido político denominado “independencia”.

¹⁸ Art. 70 Cis: “Toute personne a droit à un procès équitable et dans un délai raisonnable devant un tribunal indépendant et impartial qui statuera sur ses droits et obligations ou sur toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Les audiences sont publiques, sauf si le juge en décide autrement dans les cas que la loi prévoit en vue d’assurer le respect des bonnes mœurs, de l’ordre public ou de la sécurité de l’État, ou de préserver l’intérêt des parties”.

condenatoria por haber sido dictada, a su entender, por un tribunal ilegalmente conformado y, en consecuencia, por haberse menospreciado de forma flagrante sus derecho a que su causa fuese conocida por un tribunal independiente y establecido por la ley (con expresa invocación de los arts. 59 de la Constitución islandesa¹⁹ y 6 CEDH).

Los argumentos del Tribunal Supremo para rechazar el recurso pueden resumirse de forma simplificada en dos: A) Respecto de las dudas sobre el proceso de elección, el Tribunal Supremo, pese a reiterar la mala praxis de la Ministra de Justicia, vuelve a insistir en que los treinta y tres candidatos reunían, a juicio de la comisión de evaluación, méritos suficientes para ocupar uno de los puestos vacantes. Si a esta constatación se añade que, según dicho Tribunal, los vicios detectados no eran significativos, la legitimidad de la jueza A.E. para formar parte de la sala no podía ser puesta en cuestión ni por esta razón declararse nulo su nombramiento. B) En la medida en que era una realidad que la jueza A.E. había sido nombrada para un puesto de una duración indeterminada, por el hecho de que, tras su nombramiento, tanto la jueza A.E. como el resto de jueces de Tribunal de Apelación ejercen su función sin que puedan ser removidos de sus puestos (inamovilidad)²⁰, por la obligación constitucional de que los jueces solo estén sometidos al imperio de la ley y por las garantías de independencia que rodean a los miembros del poder judicial, teniendo en cuenta todos estos elementos, no hay fundamento suficiente para dudar de que el recurrente no haya disfrutado de un juicio justo ante un tribunal integrado por jueces independientes e imparciales, “a pesar de las irregularidades detectadas en el procedimiento seguido por la Ministra de Justicia”²¹.

Esta larga exposición de los hechos del caso resulta necesaria para centrar el problema que nos ocupa. Nadie puede negar que el Tribunal Supremo islandés puede tener razón. El Sr. Andri pudo muy bien haber tenido un juicio justo en el amplio sentido de la expresión. También tiene razón el Supremo islandés cuando asevera que nada del caso permite abonar la idea de que los magistrados que conformaban la sala se hayan dejado llevar por otras “fuerzas” distintas a la de la ley aplicable al caso, por presiones externas que hubiesen podido desnaturalizar el ejercicio recto de la función jurisdiccional. Lejos queda

¹⁹ Art. 59 CIs: “L’organisation de la justice relève du seul domaine de la loi”

²⁰ Art. 61 CIs: “Dans l’exercice de leurs fonctions officielles, les juges ne sont guidés que par la loi. Les juges n’exerçant aucune fonction administrative ne peuvent être révoqués que par une décision de justice et ils ne peuvent être mutés contre leur gré, sauf en cas de réorganisation de la justice (...)”.

²¹ STEDH Gudmundur Andri Astradsson c. Islandia, de 1 de diciembre de 2020, Gran Sala, pár. 90, (en adelante, y por economizar, usaremos exclusivamente su primer apellido, Andri).

también, ni siquiera se plantea, el que los jueces hubiesen actuado desde prejuicios que afectasen a su imparcialidad. ¿Entonces, de qué nos estamos ocupando? ¿Qué es lo que nos preocupa? ¿De qué hablamos cuando hablamos de derecho a un tribunal independiente?

2. *La doctrina de Estrasburgo: preeminencia del Derecho y solo jueces para la preeminencia del Derecho*

La independencia de la justicia es un principio estructural del Estado de Derecho que, al reconocerse como derecho subjetivo, como derecho fundamental y humano, otorga a los ciudadanos la potestad de salir en su defensa. No se habla aquí, pues, de un daño concreto y actual en la libertad o patrimonio de la presunta víctima, acabamos de verlo, sino de un daño general al entero sistema jurídico para el que se nos ofrece una acción procesal individual para salir en su defensa. En este caso concreto, así como en los otros muchos que están por venir, el nombre del recurrente y sus circunstancias son un elemento accesorio del decorado. Podría haber sido el Sr. Andri u otro cualquiera el que plantease la grave cuestión. La independencia, tal y como aquí la tratamos, nada tiene que ver con un interés particular, sino colectivo. Pero aún así hay daño personal, legitimación para que los individuos particulares puedan ejercer su acción, pues todos tenemos derecho a que las causas en defensa de nuestros derechos o intereses legítimos sean sustanciadas por tribunales que aparenten, en el sentido más fuerte del término, independencia respecto de los otros poderes del Estado²². Si no hay acción para impugnar el acto de nombramiento de los jueces partisanamente nombrados, habrá que esperar el día en que ese tribunal conozca de una causa en la que estemos implicados, eso es todo, al modo de lo que ocurre, *mutatis mutandi*, con el amparo frente a leyes reconocido en el art. 55.2 LOTC.

La independencia del poder judicial se reclama para su vida entera, desde su gestación hasta la terminación del mandato de los jueces que integran los distintos tribunales. Hay que pensar en consecuencia en todos aquellos factores que puedan mermar la confianza que los ciudadanos deben tener en la

²² “(L’)indépendance judiciaire découle du principe selon lequel nul ne peut être son propre juge. Ce principe a aussi une importance qui va bien au-delà des parties en litige. Il faut que non seulement les parties au litige, mais aussi la société dans son ensemble puissent avoir confiance dans le système judiciaire. Un juge doit donc non seulement être libre de toute relation, parti pris ou influence abusifs, mais il doit aussi apparaître comme libre de ceux-ci à un observateur avisé faute de quoi la confiance en l’indépendance du pouvoir judiciaire peut être ébranlée”, del Informe nº1 (2001) del Consejo Consultivo de los Jueces Europeos (CCJE), pár. 12, que se puede consultar en la propia STEDH Andri, citada, pár. 124.

justicia: nombramiento, procesos disciplinarios, traslados, periodo de mandato y, por cerrar la lista sin ánimo de exhaustividad, la forma en la que se regula la terminación de la función jurisdiccional de los jueces y magistrados (jubilación o fin legal del mandato). De lo que no hay dudas es de que el momento de constitución de planta judicial resulta clave, pues si allí hubiese pecado original puede que este se arrastre como larga penitencia. En los fundamentos del TEDH en el caso que comentamos es esta la primera cuestión que se plantea. La preeminencia del derecho, evocada en el preámbulo del Convenio Europeo de Derechos Humanos, se ve afectada si en el proceso de constitución de los tribunales esa influencia de los terceros poderes que participan en el alumbramiento deja un regusto permanente y amargo de que su influencia no terminará con el nombramiento de los jueces²³. Para el TEDH, aún a sabiendas de que no existe en Europa un patrón para nombrar a los jueces y magistrados²⁴, la exigencia de que los tribunales sean establecidos por la ley (general) supone una primera garantía, como así reconoce el propio Convenio: “Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, (...)”. Aunque nada de esto quiera decir que estas leyes deban impedir a toda costa la participación del poder ejecutivo en los nombramientos. Lo que sí deben hacer es objetivar en la mayor medida posible cuál deba ser el papel del poder cuyo control corresponde a los jueces y tribunales.

“La seule préoccupation ici consiste à veiller à ce que le droit interne pertinent en matière de nomination des juges soit, dans la mesure du possible, libellé en des termes non équivoques, de manière à empêcher toute ingérence arbitraire dans le processus de nomination, notamment de la part du pouvoir exécutif”²⁵.

²³ El TEDH citará jurisprudencia del TJUE: “Il découle de la jurisprudence citée aux points 71 et 73 du présent arrêt qu’une irrégularité commise lors de la nomination des juges au sein du système judiciaire concerné emporte une violation de l’article 47, deuxième alinéa, première phrase, de la Charte, notamment lorsque cette irrégularité est d’une nature et d’une gravité telles qu’elle crée un risque réel que d’autres branches du pouvoir, en particulier l’exécutif, puissent exercer un pouvoir discrétionnaire induisant en péril l’intégrité du résultat auquel conduit le processus de nomination et semant ainsi un doute légitime, dans l’esprit des justiciables, quant à l’indépendance et à l’impartialité du ou des juges concernés, ce qui est le cas lorsque sont en cause des règles fondamentales faisant partie intégrante de l’établissement et du fonctionnement de ce système judiciaire”, STJUE Simpson y HG, de 26 de marzo de 2020, C-542/18 RX-II y C-543/18 RX-II.

²⁴ La exigencia de ley se amortigua y exige en aquellos sistemas donde una fuerte cultura jurídica circumscribe de manera férrea la capacidad del poder ejecutivo, obligándolo a elegir jueces con alta autoridad moral y reconocida competencia, bajo la atenta mirada de la comunidad política.

²⁵ Pár. 230.

Este mandato de ley implica un modo de lección y un cierto contenido cualitativo en su proceder, que debe ser atendido igualmente. La ley de tribunales implica que las personas seleccionadas para el ejercicio de la magistratura deben serlo en función de sus propios méritos, incluyendo aquí el de su integridad moral. Para el TEDH, asimismo, esta exigencia conlleva que sean conocidos los méritos evaluables y que se observe el principio de transparencia en la acreditación y en la valoración que se otorga a los mismos.

“De l’avis de la Cour, pareille sélection fondée sur le mérite ne garantit pas seulement la capacité professionnelle d’un organe juridictionnel à rendre la justice en tant que « tribunal » : elle est cruciale aussi pour préserver la confiance du public dans la justice et sert de garantie supplémentaire à l’indépendance personnelle des juges”²⁶.

La intimación de que sea la ley la que establezca la composición de los tribunales tiene la finalidad de evitar que la organización del sistema judicial, en una sociedad democrática, se deje a la sola discreción del poder ejecutivo²⁷. Además, los jueces y magistrados investidos de conformidad con la ley disfrutan de la autoridad y la legitimidad constitucional que esta les confiere. *A sensu contrario*, abunda el TEDH, un juez nombrado con menosprecio de lo dispuesto en la ley se vería desprovisto de la legitimidad necesaria para el ejercicio de sus funciones.

Sin embargo, no todo quebranto de la ley implica necesariamente violación del derecho a un tribunal legalmente establecido y, por extensión, del derecho a un tribunal independiente. Se requerirá para que esto ocurra que se alcance un determinado nivel de gravedad. Se plantea asimismo el TEDH dos reservas, previa afirmación, como decimos, de que no de cualquier irregularidad en los nombramientos de los jueces cabe extraer siempre la conclusión de que la preeminencia del derecho pueda verse afectada. La primera se refiere al principio de seguridad jurídica en su vertiente procesal, es decir, que la solución firme dada a un litigio por los tribunales no sea susceptible de ser revisada. Este principio, el de la cosa juzgada, resulta imprescindible para la estabilidad del sistema jurisdiccional y favorece la confianza del público en la justicia. Puesto en conexión con el derecho a un tribunal independiente, solo las violaciones graves a este último deberían poder suponer el desplazamiento del principio de seguridad jurídica mencionado. La segunda resistencia se refiere al principio de inamovilidad de los jueces en el curso de sus

²⁶ Pár. 222.

²⁷ “Cette exigence reflète le principe de la prééminence du droit et vise à préserver le pouvoir judiciaire de toute influence extérieure irrégulière émanant en particulier du pouvoir exécutif (paragraphe 211 ci-dessus), bien qu’il ne soit pas exclu que le pouvoir législatif, voire le pouvoir judiciaire lui-même, puissent exercer une telle influence”, STEDH *Andri c. Islandia*, ídem, pár. 226.

mandatos, que forma parte a su vez del art. 6 CEDH como garantía de la tutela judicial. La constatación de una irregularidad en el nombramiento de los jueces no debe perder de vista cual puede ser su consecuencia más extrema, la remoción del juez indebidamente nombrado, precisamente al objeto de evitar que el sacrificio de la inamovilidad genere más dudas respecto de la impermeabilidad de los jueces frente al poder ejecutivo que las que se pretenden disipar.

Con estos dos contrapesos, corresponde al TEDH determinar, y desde qué lógica y criterios, el nivel de gravedad requerido para que el nombramiento de un juez o magistrado pueda ser entendido como afectación grave del principio de independencia. La fuerte relación que existe entre el principio de independencia judicial y la garantía de que los tribunales estén creados de conformidad por la ley, llevan al TEDH a fijar como primer test de este suelo de gravedad el hecho de si ha habido o no desconocimiento flagrante por parte de los otros poderes del Estado de lo dispuesto en las leyes de creación de los juzgados y tribunales, o sea, violación manifiesta del derecho interno que corresponde en primera instancia a los tribunales estatales declarar. De ese modo quedarían por debajo de la gravedad exigida los meros defectos formales o circunstanciales, pero no así los desconocimientos graves y patentes de las leyes.

Sin embargo, apunta el TEDH, incluso cuando no se detecte una violación manifiesta del derecho interno en materia de nombramientos judiciales no debe excluirse la posibilidad de la violación del derecho a un tribunal independiente establecido por la ley. Para estos casos, se apuntan un segundo y un tercer test. En primer lugar, debe analizarse si, más allá de las apariencias, los defectos en el nombramiento han podido originar un riesgo real de que los otros poderes del Estado hayan hecho un uso injustificado de sus prerrogativas con daño severo al proceso de selección de jueces y magistrados y, como consecuencia, provocado con ello un sentimiento general de desconfianza pública respecto del mismo proceso. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta el control operado por las instancias internas y, especialmente, las consecuencias que hayan podido desprenderse de ese control. Para el TEDH, el derecho a un tribunal independiente establecido por la ley quedaría vacío de contenido si su control convencional tuviese que conformarse con comprobar que a nivel interno se ha llevado a cabo una verificación judicial de las dudas planteadas en torno a la operación de nombramiento de los jueces, con abstracción de las consecuencias que ese control, de ser positivo, hubiese podido arrojar. Los tribunales nacionales, atendiendo a sus normas constitucionales y al Convenio, vienen obligados a analizar las consecuencias jurídicas que la declaración de ilegalidad en los nombramientos debe acarrear, ponderando en su caso la gravedad de la lesión con el principio de seguridad jurídica (cosa juzgada) y con la garantía de la inamovilidad de los jueces y

magistrados. En ausencia de este grado de control a nivel interno, y en virtud del principio de subsidiariedad, será el TEDH el que tenga que colmar la inactividad de los tribunales nacionales.

Un cuarto elemento a tener presente tiene que ver con el paso del tiempo. Los vicios en la fase de nombramiento de los jueces y tribunales se arrastran durante el tiempo que dure la presencia de estos jueces en los tribunales para los que fueron nombrados. Sin embargo, afirma el TEDH, “plus le temps s’écoulera, plus la préservation de la sécurité juridique jouera en faveur du droit du justiciable à un « tribunal établi par la loi » dans la mise en balance à opérer. Il faudra évidemment tenir compte aussi des difficultés en matière de preuve que ferait naître l’écoulement du temps ainsi que des délais légaux pertinents dont le droit interne des Parties contractantes pourrait assortir les constatations de cette nature”²⁸.

La subsunción de los hechos ocurridos en Islandia antes brevemente relatados en este cuerpo doctrinal acarrearán la declaración de violación del art. 6 CEDH y, en concreto, de su garantía a un tribunal independiente establecido por la ley. De entrada, se constata de los propios datos que el proceso de nombramiento de los nuevos magistrados del Tribunal de Apelación se había realizado con desconocimiento de las leyes que configuraban el procedimiento. Así lo confirmaban las sentencias del Tribunal Supremo islandés de 19 de diciembre de 2017 y de 24 de mayo de 2018. Para saber si las violaciones de derecho interno afectan o no a una de las reglas fundamentales del procedimiento de nombramiento de jueces, el TEDH tira de la historia que se esconde detrás de las reformas legislativas que se han ido produciendo en Islandia desde varias décadas atrás. Si el objeto de esas reformas era el de arrinconar definitivamente la discrecionalidad (cuando no arbitrariedad) del poder ejecutivo en el nombramiento de los jueces (la creación de una comisión de evaluación con capacidad para hacer recomendaciones cuasi obligatorias al Ministro de Justicia y la obligación para este de justificar objetivamente ante el Parlamento la alteración de dicha propuesta respondían esta finalidad²⁹), es indudable que los hechos ocurridos con la elección de los

²⁸ STEDH Andri c. Islandia, cit. supra, par., 252.

²⁹ “Dans le rapport qu’il a communiqué en 2010 au Comité des droits de l’homme concernant l’application du PIDCP, le gouvernement islandais a expressément déclaré que les réformes législatives en question répondaient aux craintes de plus en plus nombreuses qui avaient été exprimées dans le pays quant au risque que les règles relatives à la sélection et à la nomination des juges ne garantissent pas suffisamment l’indépendance de la magistrature, compte tenu du rôle qu’exerçaient les ministres dans le processus de nomination. De même, dans son rapport d’évaluation relatif à l’Islande qu’il a publié en 2013, le GRECO a dit qu’« avant l’entrée en vigueur du nouveau système [de nomination], le ministre n’était pas tenu de suivre l’avis des organes judiciaires pertinents pour les nominations à des fonctions judiciaire[s] et qu’il était de fait arrivé par le passé que des nominations [eus-

magistrados del Tribunal de Apelación afectaban a ese propósito nuclear. Ítem más, cuando el TEDH se interroga sobre el grado de gravedad de este desconocimiento de la ley en relación con la protección de la preeminencia del Derecho y de la independencia de poder judicial tanto en sede ministerial³⁰ como parlamentaria³¹, llega a la conclusión de que, tanto en una sede como en la otra, el procedimiento ha estado viciado y no precisamente por un defecto de forma o procedimental, sino materialmente, en su sustancia más íntima³². Y por último, respecto del control efectuado por las instancias internas y la profundidad de ese control, el TEDH hará uso de una expresión demoledora, imputando el Tribunal Supremo islandés haberse resignado a unos hechos que él mismo Tribunal había calificado como viciados de ilegalidad, sin extraer de ahí mayores consecuencias³³.

sent] été faites de manière arbitraire, donnant lieu à des critiques au sujet de l'influence politique qui aurait infiltré le processus", STEDH Andri, cit. supra., p. 257.

³⁰ "De l'avis de la Cour, cette incertitude qui entourait les motivations de la ministre suscite de sérieuses craintes quant à l'exercice par celle-ci d'une ingérence abusive dans le pouvoir judiciaire et met ainsi en cause la légitimité de toute la procédure, d'autant plus que la ministre adhérerait à l'un des partis politiques qui composaient la majorité du gouvernement de coalition, grâce aux seuls votes desquels sa proposition a été adoptée devant le Parlement. De plus, la Cour ne saurait faire abstraction, à cet égard, des allégations que le requérant formule au sujet du contexte politique général dans lequel la ministre avait présenté ses propositions (paragraphe 46 et 89 ci-dessus). Si elle n'est pas en mesure de dire que, comme l'affirme le requérant, la ministre a agi pour des raisons politiques, elle considère que l'action de cette dernière était de nature à faire naître des préoccupations objectivement justifiées sur ce point, ce qui suffit aussi à discréditer la transparence du processus de sélection », STEDH Andri, cit. supra, p. 265.

³¹ "Or, méconnaissant l'esprit de l'obligation de préserver la légitimité du processus de nomination que la loi faisait peser sur lui, le Parlement a choisi de fermer les yeux sur cette importante irrégularité. Partant, ainsi que la Cour suprême l'a dit, les irrégularités qui avaient entaché la procédure suivie par la ministre de la Justice avaient en conséquence vicié la procédure que le Parlement avait adoptée puisqu'elles n'avaient pas été redressées lorsque la question avait été soumise au vote devant ce dernier", STEDH Andri, cit. supra, par. 269.

³² La carga de profundidad al Parlamento y a su función de control rompe con el actual esquema de gobierno/mayoría parlamentaria vs. minoría, instaurando, vía derechos fundamentales, la responsabilidad del legislador en la defensa de los derechos: "Partant, la Cour considère que si la procédure parlementaire spéciale de vote prévue par la nouvelle loi sur la justice visait à renforcer la légitimité des nominations à la Cour d'appel nouvellement instaurée (voir la thèse que le Gouvernement défend sur ce point, exposée au paragraphe 189 ci-dessus), l'intervention du Parlement n'a pas eu l'effet escompté en l'espèce – autrement dit, il n'a pas accompli sa mission de garant de la légalité de la procédure de nomination pour ce qui est des quatre candidats en question", STEDH Andri, cit. supra, p. 271.

³³ "La Cour estime que la manière dont la Cour suprême a structuré son arrêt et la façon dont elle a en particulier souligné que la nomination des quinze juges, parmi lesquels figurait

El TEDH constata que para esta inacción del TS islandés se llegan por parte de este a confundir las cosas. Es claro que la independencia nada tiene que ver con la imparcialidad, por más que ambas estén llamadas al mismo fin de garantizar la indemnidad del ordenamiento a través de la función jurisdiccional³⁴. En este caso no se discute el que los jueces hayan podido tener prejuicios contra el Sr. Andri. De lo que se habla es del derecho del Sr. Andri a disfrutar de un tribunal independiente, un tribunal en el que, por la forma en que ha sido creado, se pueda confiar desde la posición de ciudadano de una comunidad regida por el derecho. Es este salto por elevación lo que el TS islandés no llega a comprender y lo que le permite no extraer consecuencias del hecho de que el Tribunal de Apelación, por la forma en que fue creado, se recubrió de una nebulosa que impedía atribuirle las apariencias necesarias de independencia. El objeto del proceso es el derecho a que las causas civiles y penales sean conocidas por tribunales independientes, un valor muy superior al interés de las partes afectadas, pues alcanza a la comunidad en su conjunto. Es el ciudadano en defensa del Estado de Derecho para proteger sus propios derechos, es el Estado de Derecho como derecho subjetivo lo que está en juego, o, dicho más simplemente, el derecho que todo tenemos al Derecho. Y esto solo es posible alcanzarlo si la apariencia de independencia de los jueces y tribunales queda configurada de tal forma que el acto de confianza pública en la justicia no devenga fe del carbonero.

« La Cour constate dès lors que la retenue dont a fait preuve la Cour suprême lorsqu'elle a examiné la présente affaire – et le fait qu'elle n'ait pas ménagé un juste équilibre entre, d'une part, la préservation du principe

A.E., « était devenue une réalité dès la signature de leurs lettres de nomination », indique que la haute juridiction avait admis qu'elle n'avait plus guère voix au chapitre en la matière une fois les nominations officialisées, voire qu'elle s'était résignée», STEDH Andri, cit. supra, pár. 282. En un párrafo anterior: “Néanmoins, elle a jugé que la nomination de l'ensemble des quinze juges de la Cour d'appel pour une durée indéterminée était « devenue une réalité » dès la signature par le président islandais de leurs lettres de nomination et que, à partir de ce moment-là, les intéressés n'étaient tenus de suivre que la loi dans l'exercice de leurs fonctions et d'accomplir celles-ci de manière indépendante. Dans ces conditions, la Cour suprême n'a vu aucune raison suffisante de douter légitimement que le requérant avait bénéficié d'un procès équitable devant des juges indépendants et impartiaux, malgré les irrégularités dans la procédure qui étaient imputables à la ministre de la Justice”, pár. 275.

³⁴ “La Cour n'a aucune raison de douter que, d'un point de vue formel, les nominations en cause n'étaient pas entachées de nullité (« *markleysa* ») au regard du droit islandais ni que, dès leur nomination, chacun de ces juges s'efforceraient de respecter les exigences d'un procès équitable. Cependant, aucun de ces constats ne répond en tant que tel à la question de savoir si les irrégularités dans le processus à l'origine de la nomination d'A.E. ont, en elles-mêmes et par elles-mêmes, porté atteinte au droit du requérant à un « tribunal établi par la loi », considéré en tant que garantie spécifique découlant de l'article 6, telle qu'interprétée par la Cour”, STEDH Andri, cit. supra, pár. 280.

de la sécurité juridique en particulier et, d'autre part, le respect de la loi – ne sont pas propres aux faits de l'espèce mais qu'il s'agissait de la pratique constante de la Cour suprême. Pour la Cour, cette pratique pose problème pour deux raisons principales. En premier lieu, elle porte atteinte au rôle important que le pouvoir judiciaire exerce dans le maintien des freins et contrepoids qui sont inhérents à la séparation des pouvoirs. En second lieu, compte tenu de l'importance et des implications des violations en question – telles qu'évoquées ci-dessus –, et du rôle éminemment important que le pouvoir judiciaire joue dans une société démocratique régie par la prééminence du droit, ces violations peuvent très bien emporter des conséquences qui ne se limitent pas aux candidats qui ont été individuellement lésés par leur non-nomination : elles touchent forcément le justiciable en général. La Cour a souligné à maintes reprises le rôle particulier que le pouvoir judiciaire exerce dans la société : comme garant de la justice, valeur fondamentale dans un État de droit, il doit jouir de la confiance de chacun pour mener à bien sa mission (voir, par exemple, *Morice c. France* [GC], n° 29369/10, § 128 CEDH 2015, *Baka*, précité, § 164, et *Denisov c. Ukraine* [GC], n° 76639/11, § 63, 25 septembre 2018). Elle se réfère sur ce point à l'avis n° 1 du CCJE, selon lequel *[i]l faut que non seulement les parties au litige, mais aussi la société dans son ensemble puissent avoir confiance dans le système judiciaire* », STEDH Andri c. Islandia, par. 283, (cursiva nuestra).

IV. EPÍLOGO: EN DEFENSA DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

Tras la sentencia de Sala en el caso Andri³⁵ el Gobierno islandés fue sometido a una moción de censura, dimitió la Ministra de Justicia y, por su parte, los cuatro jueces que no estaban en la lista elaborada por la comisión de evaluación dejaron vacantes sus puestos en el Tribunal de Apelación. Poco tiempo después saldría la convocatoria para cubrir esas bajas, siguiéndose el mismo procedimiento que contemplaban las leyes entonces vigentes. La jueza A.E. concurrió a las mismas y su candidatura, tras ir pasando los filtros oportunos, resultó exitosa, volviendo en consecuencia a ocupar su puesto en el Tribunal de Apelación.

Formalmente todo impoluto, materialmente la semilla de la duda queda sembrada. Ser juez y parecerlo, esa es la cuestión. Una jueza que se presta a estos juegos de favores y servidumbres, ¿reúne las condiciones para ser juez y ejercer correctamente su función? Por su preparación no tenemos porque inquietarnos, seguro que aprobó con solvencia las duras oposiciones, sin embargo, es su autoridad moral la que nos preocupa, la que nos coloca como observadores imparciales en posición de defensa. ¿Sabrá resistirse a las

³⁵ STEDH Gudmundur Andri Astráðsson c. Islandia (Sala), de 12 de marzo de 2019.

presiones? ¿Gustará de que se la presione y pasar a formar parte del club de los jueces estrella?

El TEDH llega en el caso Andri, preparando la andanada polaca³⁶, lo más lejos que en principio podía llegar: declarar los principios que se extraen del derecho a tribunal independiente y dar las pautas para que el proceso de selección de los jueces sea objetivo, transparente y controlable. Además por supuesto de escribir negro sobre blanco que la independencia judicial, como valor que es del entero sistema jurídico, es derecho subjetivo de los ciudadanos y como tal susceptible de ser alegado ante los tribunales nacionales e internacionales sin necesidad de demostrar un daño específico o concreto, sino por el contrario general, como derecho subjetivo mediato en favor de la entera comunidad. Asimismo, el TEDH ofrece un método en tres pasos para controlar los actos de los otros poderes del Estado que, en el nombramiento de jueces y magistrados, puedan afectar a su independencia: la existencia de ley que regule el procedimiento y el control de su infracción, el escrutinio de la intención última que resulta de la actuación de esos poderes ajenos al poder judicial y, por último, las consecuencias concretas que haya podido tener la constatación de esos actos que laminan la apariencia de independencia de los integrantes del poder judicial. La confianza de los ciudadanos en la justicia es el valor a proteger. Un bien intangible que tiene en la apariencia su fiel, pero que ni va desnuda ni se vista sola, y que por lo mismo puede ser controlada desde parámetros objetivos. Aún así, ¿no cabría o debería llegarse más lejos?

Jueces que entran y salen de la política, magistrados que opinan de todo y de todos en redes sociales y medios de comunicación, letrados de órganos jurisdiccionales que no esconden sus preferencias políticas, politización de los órganos de gobierno de los jueces, prórrogas *sine die* de magistrados que deben ser renovados³⁷, en fin, miembros del poder judicial que hacen parte del ruido público con descaro, mermando con ello sin duda la confianza que les prestamos y que afecta a la que debemos tener en la justicia. No reivindicamos aquí un juez monacal, pero sí un juez consciente de su papel trascendente en el entramado jurídico, político y social. Meternos en el vientre de los

³⁶ Al respecto, el excelente trabajo de Magaldi, N. en este mismo volumen y su artículo: “Una nueva advertencia a Polonia sobre la (in)dependencia de su poder judicial a propósito de la Sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2020, Miasto Łowicz y otros”, Revista General de Derecho Europeo, 52, 2020. Asimismo, el trabajo de Ugartemendia, J.I., “Tutela judicial efectiva y Estado de Derecho en la UE y su incidencia en la administración de justicia de los Estados miembros”, TRC, 46, 2020, pp. 309-341.

³⁷ La situación en nuestro país resulta preocupante. Con un CGPJ cuya renovación lleva casi cuatro años paralizada se está resquebrajando el velo de confianza que los ciudadanos podemos tener en los tribunales y órganos jurisdiccionales cuyos miembros dependen de los nombramientos que este órganos decida.

jueces resulta imposible, pero pudiera pensarse en un decálogo de virtudes al que los “funcionarios” de la ley deberían adherirse³⁸. Sería esta también una forma de generar una cierta cultura democrática en torno a la figura de un juez con conciencia republicana. Asimismo, la transparencia de los sistemas de elección y nombramiento de los jueces y tribunales, especialmente la de aquellos que han de ocupar las jurisdicciones más elevadas, deben fundarse en un principio de selección al que solo puedan llegar los mejores, y este término creo que aquí tiene un significado muy profundo. No hay mayor servidumbre que la de la propia ignorancia, oí decir a un antiguo magistrado del Tribunal Constitucional al que añoramos. Un alto grado de formación y una intachable integridad moral son dos variables imprescindibles en el proceso de creación de una apariencia que debe aproximarse todo cuanto más pueda a la realidad. Por último, dignificarnos como ciudadanos, acrecentar nuestra cultura democrática individual y colectiva.

La independencia judicial no es un valor que esté terminado ni todos sus extremos escritos. Puede incluso que haya retrocesos en su concepción actual. Resignarnos o claudicar ante los nuevos retos a los que se enfrenta el poder judicial es entregar las armas a quienes les estorba el Estado de Derecho. El que la Unión Europea pueda estar pudriéndose por las raíces de sus jueces y tribunales debería hacernos pensar que el derecho es la forma más acabada de civilización y que sin independencia judicial Behemot puede despertarse de su tranquilo sueño³⁹.

V. BIBLIOGRAFIA

- MAGALDI, N., “Una nueva advertencia a Polonia sobre la (in)dependencia de su poder judicial a propósito de la Sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2020, Miasto Łowicz y otros”, *Revista General de Derecho Europeo*, 52, 2020.
- REQUEJO PAGÉS, J.L., *El mundo de Norma. La amenaza de Behemot*, Oviedo, KRK, 2022.
- , “Dependencias y servidumbres del juez independiente”, *REDC*, 76, 2006.
- , *Jurisdicción e independencia judicial*, Madrid. CEC, 1989.
- SIMON, D., *La independencia judicial*, Barcelona, Ariel, 1985.
- UGARTEMENDIA, J.I., “Tutela judicial efectiva y Estado de Derecho en la UE y su incidencia en la administración de justicia de los Estados miembros”, *TRC*, 46, 2020.

³⁸ Véanse los principios de Bangalore sobre la conducta judicial aprobados como resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en 1985.

³⁹ Requejo Pagés, J.L., *El mundo de Norma. La amenaza de Behemot*, Oviedo, KRK, 2022.