

5.2. LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL EN EL BLOQUE CONSTITUCIONAL

Antonio Monserrat Quintana

Preliminares.-

El concepto de la independencia judicial surge de forma sistemática y generalmente aceptada en Europa a raíz de las doctrinas de la Ilustración con respecto a la división de poderes. En particular, como es ampliamente sabido, corresponde a MONTESQUIEU, en *L'esprit des lois*, de 1748 ¹, el mérito de haber configurado el Estado moderno sobre la base de la separación e independencia de tres poderes fundamentales, el legislativo, el ejecutivo y el judicial, conformados todos ellos por la común idea de la soberanía popular.

La primera plasmación positiva de la separación de poderes la encontramos en el Artículo 16 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, de 1789 ².

España no fue ajena al enorme atractivo de estas doctrinas, y buena prueba de ello es que, con ocasión de nuestra Constitución de 1812, primera digna de este nombre, ya en el *Discurso preliminar leído en las Cortes al presentar la Comisión de Constitución el proyecto de ella* ³, se nos dice ⁴:

1. "Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire: car le juge serait législateur.

Si elle était jointe à la puissance exécutrice, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur.

Tout serait perdu, si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs: celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers" (Livre Onzième, Chapitre VI).

2. "Art. 16. Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution".

3. Cádiz, Imprenta Tormentaria, 1812, pp. 21-22.

4. Conservamos la grafía original.

“... al cabo los hombres se han de dirigir por reglas fixas y sabidas de todos, y su formación ha de ser un acto diferente de la execucion de lo que ellas disponen. Las diferencias ó altercados que puedan originarse entre los hombres, se ha de transigir por las mismas reglas ó por otras semejantes, y la aplicacion de estas á aquellos no puede estar comprehendida en ninguno de los dos primeros actos. Del exámen de estas tres distintas operaciones, y no de ninguna otra idea metafisica ha nacido la distribucion que han hecho los políticos de la autoridad soberana de una nacion, dividiendo su exercicio en potestad legislativa, executiva y judicial. La experiencia de todos los siglos ha demostrado hasta la evidencia que no puede haber libertad ni seguridad, y por lo mismo justicia ni prosperidad en un estado en donde el exercicio de toda la autoridad esté reunido en una sola mano. Su separacion es indispensable...»⁵.

Añadiéndose, ahora con expresa referencia a la independencia judicial que “Para que la potestad de aplicar las leyes á los casos particulares no pueda convertirse jamas en instrumento de tiranía, se separan de tal modo las funciones de juez de qualquiera otro acto de la autoridad soberana, que nunca podrán ni las Córtes ni el Rey exercerlas baxo ningun pretesto”⁶.

Efectivamente, pues, para que pueda hablarse de verdadero Estado de Derecho, es indispensable que los tres poderes referidos estén separados, lo que equivale a decir que puedan, cada uno de ellos, ejercer sus funciones con independencia.

En particular, reviste especial importancia la independencia del Poder Judicial, toda vez que, al tener éste la misión de *decir el Derecho* (*ius dicere*), que está en la etimología de la palabra *juez* (*iudex*), ostenta, ni más ni menos, que el enorme poder de tener la última palabra.

¿Poder Judicial?.-

Especialmente en los últimos tiempos, el *Poder* judicial ha venido sufriendo frecuentes embates desde las posiciones que más que de *poder* lo califican de *servicio* (que se corresponde con *Administración*, que, como se sabe, etimológicamente deriva de *ad-ministrare: para servir*), por lo que prefieren hablar de *Administración de Justicia*, o incluso con otros calificativos más o menos acertados.

5. *op. cit.*, pp. 21-22.

6. *ibid.*, pp. 61-62

La cuestión, sin embargo, no es nueva. El mismo MONTESQUIEU, en su inmortal ⁷ obra, ya citada, *De l'esprit des lois*, ya decía que el juez no era sino *la bouche qui prononce les paroles de la loi* ⁸. Incluso la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, de 26 de agosto de 1789, en su Preámbulo, solamente menciona el poder legislativo y el poder ejecutivo, pero no al judicial.

Es patente que el problema se planteó reiteradamente en las sucesivas Constituciones francesas, probablemente debido a las reticencias y cautelas que suscitaba un poder judicial excesivamente desequilibrado frente a los otros dos poderes. Hagamos un breve repaso.

La Constitución francesa de 3 de septiembre de 1791 dedicaba su Título III a los “Poderes Públicos” (arts. 1 ss.). El art. 5 decía: *Le Pouvoir Judiciaire est délégué à des juges élus à temps par le peuple*. El Capítulo V se titulaba: *Du Pouvoir Judiciaire*, y contenía 27 artículos.

En cambio, la Constitución de 24 de junio de 1793 no utiliza la denominación de *Poder*, y, en cambio, se decanta por mencionar a la *Justice civile* (arts. 85-95), y a la *Justice criminelle* (arts. 96 y 97).

La Constitución del 5 de *Fructidor An III* (22 de agosto de 1795), vuelve al *Poder judicial* (Título VIII: *Pouvoir judiciaire*, arts. 202 ss.).

Un nuevo cambio se produce con la Constitución del 22 de *Frimaire An VIII* (13 Diciembre 1799), que, en su Título V, habla *Des Tribunaux* (arts. 60 ss.), pero reserva el Título III para el que sí llama *Pouvoir législatif*, al que se da una evidente supremacía sobre el judicial.

La Constitución imperial del 28 *Floréal An XII* (18 de Mayo de 1804) presenta un cambio importante, al tratar, en su Título XIV, del *Ordre judiciaire* (arts. 134-136).

En la actualidad, la Constitución de 4 de Octubre de 1958, denomina su Título VIII como *De l'Autorité judiciaire*, en cuyo art. 64 se dice que *Le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire*.

7. Aunque algún político español reciente haya querido enterrarlo definitivamente desde el punto de vista de sus ideas (se atribuye especialmente a Alfonso GUERRA, quien, en 1935, habría pronunciado su famosa frase: *Montesquieu ha muerto*).

8. *De l'esprit des lois*, cit., Livre Onzième, Chapitre VI.

¿Poder, Orden, Autoridad, ...?.-

El problema denominativo descrito, en realidad, refleja la pugna más o menos abierta entre los tres *poderes*. A mi entender, ontológicamente, parece claro que el auténtico y pleno *poder* es el legislativo, que modula, origina y legitima a los otros dos, ejecutivo y judicial.

Lo advertía también MONTESQUIEU cuando afirmaba que “des trois puissances dont nous en avons parlé, celle de juger est en quelque façon **nulle**”⁹.

Un comentarista clásico interpretaba con sumo acierto algo que hoy nos parece perfectamente moderno y progresista:

“C’est une garantie plutôt qu’un pouvoir politique”¹⁰.

En apoyo y desarrollo de lo que decimos, el *Discurso Preliminar* de la Constitución de Cádiz de 1812, estatúa, por un lado, la separación de los tres poderes, pero también dejaba clara la jerarquía entre ellos. Así, decía lo siguiente:

“Para que la potestad de aplicar las leyes á los casos particulares no pueda convertirse jamas en instrumento de tiranía, se separan de tal modo las funciones de juez de qualquiera otro acto de la autoridad soberana, que nunca podrán ni las Córtes ni el Rey ejercerlas baxo ningun pretesto. Tal vez podrá convenir en circunstancias de grande apuro reunir por tiempo limitado la potestad legislativa y executiva; pero en el momento que ambas autoridades ó alguna de ellas reasumiese la autoridad judicial, desaparecería para siempre no solo la libertad política y civil, sino hasta aquella sombra de seguridad personal, que no pueden menos de establecer los mismos tiranos si quieren conservarse en su estado”¹¹.

A continuación, el mismo *Discurso Preliminar* se cuidaba de señalar que el primordial de ellos es el *Poder Legislativo*, siendo el *Ejecutivo* y el *Judicial* ancilares, a nivel ontológico, del primero. Esta conclusión es perfectamente lógica, puesto que tanto el poder ejecutivo como el poder judicial es obvio que

9. *De l’esprit des lois*, Livre Onzième, Chapitre VI.

10. En *Montesquieu, Oeuvres complètes*. Édition Édouard Laboulaye, Garnier Frères, 1875, sobre la edición de *L’esprit des lois*, T. Premier, À Genève, chez Barillot et fils, MDCCXLIX.

11. *Discurso preliminar leído en las Cortes al presentar la Comision de Constitucion el proyecto de ella*, Cádiz, Imprenta Real, 1812., pp. 61-62.

extraen su naturaleza y su razón de ser y de producirse de la misma fuente primordial, que es la Ley. Así, el repetido *Discurso* decía:

“(.../...) [la Comisión] ha dividido la Constitución en quatro partes que comprehenden: Primera. Lo que corresponde á la Nacion como soberana é independiente, baxo cuyo principio se reserva la autoridad legislativa. Segunda. Lo que pertenece al Rey como **participante** de la misma autoridad, y **depositario** de la potestad executiva en toda su extensión. Tercera. La autoridad judicial **delegada** á los Jueces y Tribunales...¹². Esta sencilla clasificacion está señalada por la naturaleza misma de la sociedad (... /...) porque al cabo los hombres se han de dirigir por reglas fixas y sabidas de todos, y su formacion ha de ser un acto diferente de la execucion de lo que ellas disponen. Las diferencias ó altercados que puedan originarse entre los hombres, se han de transigir por las mismas reglas ó por otras semejantes, y la aplicación de estas á aquellos no puede estar comprendida en ninguno de los dos primeros actos.

Nótese que los constituyentes de 1812 entendían el poder judicial como una **autoridad judicial delegada**, razón por la cual en la doctrina constitucionalista francesa, seguida por otros muchos países de cultura francófona, entienden, como hemos dicho, que, más que de *poder* hay que hablar de *autoridad* en lo que a la justicia se refiere.

En Iberoamérica.-

Las modernas Constituciones iberoamericanas no son ajenas a este debate de fondo, de manera que, a modo de ejemplo, la Constitución de Guatemala (17 de Noviembre de 1993), en sus arts. 203 ss. , habla de *Organismo Judicial*, aunque también se refiere al *Organismo legislativo* (arts. 157 ss.), y al *Organismo ejecutivo* (arts. 182 ss.).

La Constitución de México (5 Febrero 1917) prefiere hablar del *Poder judicial* (arts. 94 ss.), mientras que la de Colombia (1991) trata de la *Rama judicial* (arts. 228 ss.); y la de Nicaragua (21 Enero 1948) también habla de *Poder Judicial* (arts. 196 ss.), así como la de la República Dominicana (26 Enero 2010), en su Título V (*Del Poder Judicial*, arts. 149 ss.). La Constitución de Brasil (5 Octubre 1988) declara que los *Poderes legislativo, ejecutivo y judicial* son *independientes y armónicos entre sí* (Art. 2º).

¹². Sigue diciendo: “Y quarta. El establecimiento, uso y conservacion de la fuerza armada, y el órden económico y administrativo de las rentas de las provincias”.

Una curiosidad viene representada por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (20 Diciembre 1999) que configura un *Poder Público* dividido en *Ramas* que, a la vez, constituyen *Poderes*, que son el *Legislativo*, *Ejecutivo*, *Judicial*, *Ciudadano* y *Electoral* (Art. 136). A su vez, el *Poder Judicial* y el *Sistema de Justicia* vienen regulados en el Capítulo III (arts. 253 ss.), en el que se afirma que el Poder Judicial es independiente (art. 254).

En Europa.-

También las Constituciones europeas manifiestan las divergencias conceptuales respecto de la Justicia. Así, a modo ejemplificativo, la Constitución Alemana se inclina por la denominación de *Poder* (*Die rechtsprechende Gewalt*)¹³; en Austria se habla de *Jurisdicción* (o *Gerichtsbarkeit*)¹⁴.

La Constitución italiana de 27 de Diciembre de 1947 se contenta con nombrar como *La Magistratura* al Título IV (arts. 101 ss.), mientras que la portuguesa¹⁵ dedica su Título V a los *Tribunais*, incluyendo en su artículo 202º la *Função jurisdicional*.

En fin, eligen *Poder Judicial* las Constituciones de Polonia¹⁶, Chequia¹⁷, y Marruecos¹⁸, mientras que la de Hungría¹⁹ habla solamente de *Tribunales*; la de Eslovaquia²⁰ proclama el *Derecho de protección por el Tribunal y otras protecciones legales*; y la de Eslovenia²¹ se limita a tratar de la *Judicatura* (en su versión oficial inglesa, *The Judiciary*).

En las Constituciones Españolas.-

Las distintas Constituciones españolas no han sido ajenas a los vaivenes indicados respecto de cómo referirse a la Justicia.

13. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 23. Mai 1949, Artikel 92.

14. *Bundes Verfassungsgesetz Österreich, nach der Novelle 12. Juni 1994*, Artikel 82.

15. *Constituição da Republica Portuguesa*, de 2 de Abril de 1977, Arts. 202 ss.

16. Constitución de 2 de Abril de 1997, Art. 173.

17. Constitución de 16 de Noviembre de 1993, Arts. 81-96.

18. Constitución de 27 *chaabane* 1432 (29 Julio 2011), Título VII.

19. Constitución de 18 de Abril de 2011, Arts. 25 a 28.

20. Constitución de 1 de Septiembre de 1992), Parte Séptima, Arts. 46 ss.

21. Constitución de 23 de Diciembre de 1991, Arts. 125 ss.

La Constitución de 1812 no trató del *Poder judicial*. Sí, en cambio, el Título 5º se denomina *De los Tribunales y de la Administración de Justicia en lo Civil y en lo Criminal* ²².

La Constitución de 1837 se refiere al *Poder Judicial* en su Título X (arts. 63 ss.); la de 1845, a la *Administración de Justicia* (Título X, arts. 66 ss.); la de 1869 vuelve al *Poder Judicial* (arts. 36; y 91 ss., en el Título VII). En 1876, nueva vuelta a la *Administración de Justicia* (Título IX, arts 74 ss.), como se continúa llamando en la Constitución de la Segunda República de 1931 que, en su Título VII se limita a decir *Justicia*, y en el art. 95 declara que *La Administración de Justicia comprenderá todas las jurisdicciones existentes*.

Por fin, la Constitución de 1978, en su Título VI, arts. 117 ss., confirma la denominación de *Poder Judicial*, como lo hace la actual Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985.

La independencia judicial: sus contenidos.-

Como hemos visto *supra*, la independencia judicial es una pieza clave de la separación efectiva de los tres poderes que sostienen un verdadero Estado de Derecho o, en terminología anglosajona, el *Rule of Law*.

La independencia judicial está integrada por dos aspectos complementarios e inseparables: la independencia externa, que tiene su máxima expresión en la **inamovilidad**; y la independencia interna, que tiene su reflejo en la **imparcialidad**.

En cuanto a la *inamovilidad*, la Constitución de 1812, declaraba en el artículo 252 que “Los magistrados y jueces no podrán ser depuestos de sus destinos, sean temporales ó perpetuos, sino por causa legalmente probada y sentenciada; ni suspendidos sino por acusacion legalmente intentada”.

Esta proclamación de inamovilidad fue seguida, con algunas variantes, por las sucesivas Constituciones Españolas: Art. 66 de la Constitución de 1837; 69 de la Constitución de 1845; 95 de la Constitución de 1869; 80 de la Constitución de 1876; y artículo 98 de la Constitución de 1931.

Sin embargo, la Constitución Republicana del 31 añadió un importante epígrafe, el parágrafo 3 del artículo 94, en el que se decía:

22. Arts. 242 ss.

“Los jueces son independientes en su función. Sólo están sometidos a la ley”.

De este modo, se juntaban –creo que por primera vez en España- los conceptos de independencia e inamovilidad.

Durante el régimen del General Franco, la Ley Orgánica del Estado de 1967 incluía el artículo 29.1, en el que, igualmente, se decía:

“La Justicia gozará de completa independencia. Será administrada en nombre del Jefe del Estado, de acuerdo con las leyes, por Jueces y Magistrados independientes, inamovibles y responsables con arreglo a la Ley”.

La actual Constitución Española de 1978 dedica a esta cuestión el artículo 117, que, en lo que aquí interesa, se produce en los siguientes términos:

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

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.

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

Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho”.

En cuanto a la **imparcialidad**, ésta puede ser *subjetiva* (ausencia de causas de abstención o de recusación); pero también *objetiva*, queriéndose decir con ello, siguiendo la doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, que el juez no sólo ha de ser imparcial, subjetivamente hablando, sino que, además, *ha de parecerlo*.

Respecto de la imparcialidad *subjetiva*, las causas de abstención y, en su caso, de recusación se contemplan de manera específica en el artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece dieciseis supuestos que obligan al juez o magistrado a abstenerse de conocer el asunto tan pronto

como tenga noticia de su existencia. En caso de no hacerlo, las partes tienen el derecho de promover la recusación, también con la obligación de ejercitarlo tan pronto como se tenga conocimiento de dicha causa.

Estas causas son las siguientes:

“1.^a El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado con las partes o el representante del Ministerio Fiscal.

2.^a El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del segundo grado con el letrado o el procurador de cualquiera de las partes que intervengan en el pleito o causa.

3.^a Ser o haber sido defensor judicial o integrante de los organismos tutelares de cualquiera de las partes, o haber estado bajo el cuidado o tutela de alguna de éstas.

4.^a Estar o haber sido denunciado o acusado por alguna de las partes como responsable de algún delito o falta, siempre que la denuncia o acusación hubieran dado lugar a la incoación de procedimiento penal y éste no hubiera terminado por sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento.

5.^a Haber sido sancionado disciplinariamente en virtud de expediente incoado por denuncia o a iniciativa de alguna de las partes.

6.^a Haber sido defensor o representante de alguna de las partes, emitido dictamen sobre el pleito o causa como letrado, o intervenido en él como fiscal, perito o testigo.

7.^a Ser o haber sido denunciante o acusador de cualquiera de las partes.

8.^a Tener pleito pendiente con alguna de éstas.

9.^a Amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las partes.

10.^a Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa.

11.^a Haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia.

12.^a Ser o haber sido una de las partes subordinado del juez que deba resolver la contienda litigiosa.

13.^a Haber ocupado cargo público, desempeñado empleo o ejercido profesión con ocasión de los cuales haya participado directa o indirectamente en el asunto objeto del pleito o causa o en otro relacionado con el mismo.

14.^a En los procesos en que sea parte la Administración pública, encontrarse el juez o magistrado con la autoridad o funcionario que hubiese dictado el acto o informado respecto del mismo o realizado el hecho por razón de los cuales se sigue el proceso en alguna de las circunstancias mencionadas en las causas 1.^a a 9.^a, 12.^a, 13.^a y 15.^a de este artículo.

15.^a El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable, o el parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad, con el juez o magistrado que hubiera dictado resolución o practicado actuación a valorar por vía de recurso o en cualquier fase ulterior del proceso.

16.^a Haber ocupado el juez o magistrado cargo público o administrativo con ocasión del cual haya podido tener conocimiento del objeto del litigio y formar criterio en detrimento de la debida imparcialidad”.

La imparcialidad *objetiva* ha sido tratada con profusión por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en multitud de sentencias. La base legal de la imparcialidad del juez se halla, a nivel europeo, en el artículo 6 § 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, signado en Roma el 4 de noviembre de 1950, que dice, también en lo que nos corresponde tratar, lo siguiente:

“Derecho a un proceso equitativo

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por 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”.

Son muestra, no exhaustiva ni mucho menos, de la jurisprudencia europea mencionada, sentencias tales como *Piersack contra Bélgica*, de 1-10-1982; *De Cubber contra Bélgica*, de 26-10-1984; *Hauschildt contra Dinamarca*, 24-5-1989; *Castillo Algar contra España*, de 28-10-1998; *Sahiner contra Turquía*, de 25-9-2001; y muchas otras.

En concreto, reviste gran importancia la primera de las sentencias indicadas, *Piersack contra Bélgica*, porque consolidó la doctrina de las *apariencias* que

luego tendría una enorme trascendencia en los casos posteriores vistos por el Tribunal ²³.

Otro ejemplo notable de esta doctrina es la Sentencia recaída en el *Affaire McGONNELL c. Royaume-Uni*, Arrêt 8 février 2000, en el que se dan las pautas para poder decidir si un tribunal puede considerarse *independiente e imparcial* ²⁴.

Como se ve, el Tribunal Europeo destaca que *independencia e imparcialidad* son conceptos inseparables.

Las mismas precisiones contiene la sentencia, ya citada, *Sahiner contra Turquía*, de 25-9-2001 ²⁵.

23. En esta sentencia se dice: “30. Whilst **impartiality** normally denotes absence of prejudice or bias, its existence or otherwise **can**, notably under Article 6 § 1 (art. 6-1) of the Convention, **be tested in various ways**. A distinction can be drawn in this context between a **subjective approach**, that is endeavouring to ascertain the personal conviction of a given judge in a given case, and an objective approach, that is determining whether he offered guarantees sufficient to exclude any legitimate doubt in this respect.

- (a) As regards the first approach, the Court notes that the applicant is pleased to pay tribute to Mr. Van de Walle’s personal impartiality; it does not itself have any cause for doubt on this score and indeed personal impartiality is to be presumed until there is proof to the contrary (see the Le Compte, Van Leuven and De Meyere judgment of 23 June 1981, Series A no. 43, p. 25, § 58).
- (b) **However, it is not possible to confine oneself to a purely subjective test. In this area, even appearances may be of a certain importance** (see the Delcourt judgment of 17 January 1970, Series A no. 11, p. 17, § 31). As the Belgian Court of Cassation observed in its judgment of 21 February 1979 (see paragraph 17 above), any judge in respect of whom there is a legitimate reason to fear a lack of impartiality must withdraw. What is at stake is the confidence which the courts must inspire in the public in a democratic society”.

24. « 48. La Cour rappelle que, dans son arrêt *Findlay c. Royaume-Uni* (arrêt du 25 février 1997, *Recueil* 1997-I, p. 281, § 73), elle a dit que: « pour établir si un tribunal peut passer pour « indépendant », il faut prendre en compte, notamment, le mode de désignation et la durée du mandat de ses membres, l’existence d’une protection contre les pressions extérieures et le point de savoir s’il y a ou non apparence d’indépendance (...) »

Quant à la condition d’« impartialité », elle revêt deux aspects. Il faut d’abord que le tribunal ne manifeste subjectivement aucun parti pris ni préjugé personnel. Ensuite, le tribunal doit être objectivement impartial, c’est-à-dire offrir des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime (...)

Les notions d’indépendance et d’impartialité objective [sont] étroitement liées (...) ».

25. « 35. La Cour réaffirme que, pour établir si un tribunal peut passer pour « indépendant » aux fins de l’article 6 § 1, il faut prendre en compte, notamment, le mode de désignation et la durée du mandat de ses membres, l’existence d’une protection contre les pressions extérieures et le point de savoir s’il y a ou non **apparence d’indépendance** (voir, parmi beaucoup d’autres, l’arrêt *Findlay c. Royaume-Uni* du 25 février 1997, *Recueil* 1997-I, p. 281, § 73).

36. La Cour rappelle qu’il échet d’apprécier l’impartialité d’un tribunal au sens de l’article 6 § 1 selon une **démarche subjective**, essayant de déterminer la conviction et le comportement personnels du juge en telle occasion, **mais aussi selon une démarche objective**, amenant à s’assurer que ce tribunal offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime (voir, parmi beaucoup d’autres, les arrêts *Bulut c. Autriche* du 22 février 1996, *Recueil* 1996-II, p. 356, § 31, et *Thomann c. Suisse* du 10 juin 1996, *Recueil* 1996-III, p. 815, § 30). Il n’est pas contesté devant la Cour que seule la seconde de ces démarches est pertinente en l’espèce.

37. En l’occurrence, **il se révèle malaisé de dissocier l’impartialité de l’indépendance**, étant donné que les arguments avancés par le requérant pour contester à la fois l’indépendance et l’impartialité

Naturalmente, las doctrinas anteriores han sido aplicadas en España, tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo, en jurisprudencia absolutamente consolidada. Como muestra, puede servir la STC 126/2011, de 18 Julio 2011, Pon.: PÉREZ DE LOS COBOS, FJ 15:

“Consecuentemente, las sospechas del recurrente han de considerarse infundadas porque, como reiteradamente ha declarado este Tribunal, **la vertiente objetiva de la garantía de imparcialidad se refiere, como su propio nombre indica, al objeto del proceso y asegura que el Juzgador no haya tenido un contacto previo con el thema decidendi y, por tanto, que se acerque al mismo sin prevenciones en su ánimo** (por todas STC 44/2009, de 12 de febrero), debiéndose tener en cuenta que en esta materia no bastan las meras sospechas de quien aduce la vulneración de la imparcialidad, sino que, de conformidad con la doctrina del TEDH (recientemente STDEH de 6 enero de 2010, caso Rafael Fernández-Huidobro), “el elemento determinante consiste en saber si se pueden considerar los temores del interesado como objetivamente justificados (Ferrantelli y Santangelo c. Italia, §58, 7 de agosto de 1996, Colección 1996-III, y Wettstein c. Suiza, núm. 33958/96, §44, CEDH2000-XII).” En tal sentido, en el reciente ATC 51/2011, de 5 de mayo, hemos recordado que entre las causas significativas de una posible inclinación previa objetiva del magistrado que ha de juzgar un determinado asunto se encuentra “el pronunciamiento sobre los hechos debatidos en un pleito anterior (SSTC 138/1994, de 9 de mayo, FJ 7; 47/1998, de 2 de marzo, FJ 4; y SSTDH de 7 de julio de 1996, caso Ferrantelli y Santangelo, y de 26 de agosto de 1997, caso De Haan)” (STC 240/2005, de 10 de octubre, FJ 3)”.

La independencia judicial, ¿un privilegio?.-

Saliendo al paso de quienes pudieran entender la independencia del poder judicial como un privilegio odioso, el magistrado brasileño Guinther SPODE ha escrito:

“Prerogatives and guarantees of the magistracy are not privileges of the magistrate, but a citizen’s right. A citizen that might eventually have a violated right will only have justice served in his favour if there are independent judges and courts, free from the possibility of interference and undue pressures from whoever it may be”²⁶.

lité du tribunal se fondent sur les mêmes éléments de fait. La Cour examinera donc les deux questions conjointement (arrêt *Langborger c. Suède* du 22 juin 1989, série A n° 155, p. 16, § 32)».

26. *General survey on the state of the independence of the Judiciary in Latin America*, en *L’indépendance de la Magistrature*, coord. Por Giacomo OBERTO y Aboudou ASSOUMA, Union Internationale des Magistrats, Lomé, Togo, 12-15 Novembre 2006, Del Rey editora, Belo Horizonte, 2011, p. 47.

Criterio que corrobora la magistrada U.S.A. Joanna SEYBERT, cuando afirma que “judges must be independent enough to protect the people’s freedoms and liberties from overreaching political agendas and the majority’s temporary whims”²⁷.

La independencia judicial como garantía del ciudadano implica, paradójicamente, que, como acaba de advertirnos SEYBERT, en ocasiones la independencia habrá de ser usada contrariando no sólo a representantes de los demás poderes, singularmente del poder ejecutivo, sino incluso a las mayorías ciudadanas tantas veces formadas artificialmente a golpe de manipulación mediática interesada. Nos referimos sobre todo a la peste – veneno de toda democracia- que son los llamados *juicios paralelos*, en los que la opinión, acuciada por la prisa que caracteriza a los medios de comunicación y al ansia de novedades, determina una *verdad* basada en las emociones y los sentimientos, sin comprender que los tiempos de la justicia no coinciden con los tiempos de la noticia; y que esos juicios paralelos contrarían radicalmente los conceptos de proceso debido, de garantías de los derechos fundamentales, de la presunta víctima y del presunto agresor; y que en definitiva, se practica una intromisión y un asalto al sagrado recinto donde los jueces, conforme a conciencia, sí, pero sobre todo, con arreglo a la ley, a lo alegado y probado – *iuxta allegata et probata*, decían los romanos- han de encontrar su decisión.

Por las razones dichas, en la Conclusión 4.4 de la Conferencia Internacional de la Union Internationale des Magistrats (UIM), celebrada en Lomé, Togo, en Noviembre de 2006, decía con rotundidad:

“Les juges doivent jouir suffisamment d’une indépendance afin de protéger les libertés des personnes contre les ambitieux programmes politiques et les caprices temporaires de la majorité. L’indépendance de la magistrature permet aux juges de prendre des décisions pouvant être contraires aux intérêts des autres pouvoirs du gouvernement ou de l’opinion publique”²⁸.

Como muestra de la consolidación de estos principios en el seno de un Estado de Derecho en el que impera una verdadera democracia avanzada, el *European Network of Councils for the Judiciary*, en el que tuve el honor de formar parte de su *Steering Committee*, aprobó un documento, titulado *Judicial Ethics, Principles, Values and Qualities*²⁹, en el que, significativamente,

27. *L’indépendance...*, cit., p. 49.

28. *L’indépendance...*, cit., pp. 232-233.

29. En la versión francesa, igualmente oficial: *Déontologie des juges. Principes, valeurs et qualités*. ENCJ Working Group, Report 2009-2010. Versión en Inglés: *Judicial Ethics Report 2009-2010*.

se define la independencia desde el punto de vista de su beneficiario, es decir, el ciudadano. Así, tras afirmarse que (traducimos nosotros) “La independencia no es un privilegio otorgado para el beneficio de los jueces”, se sigue diciendo que “La independencia es el derecho reconocido a cada ciudadano en una sociedad democrática, de beneficiarse de un poder judicial independiente (y considerado como tal) de los poderes legislativo y ejecutivo, y que está establecida para salvaguardar la libertad y los derechos de los ciudadanos en el marco del Estado de Derecho”.

En el precitado documento, también se atiende a las consecuencias y efectos de dicha independencia, incluyendo las decisiones no complacientes con la opinión pública dominante:

“Esta independencia le conduce [al juez] a aplicar el derecho, en vista de los elementos del caso particular, sin ceder al temor de desagradar ni al deseo de agradar a todas las formas del poder, ejecutivo, parlamentario, político, jerárquico, económico, mediático o de la opinión pública”.

Por lo visto hasta ahora, queda claro que el principio de la independencia del poder judicial aparece, hoy más que nunca, como uno de los criterios esenciales que permiten reconocer el carácter democrático a un régimen político, un rasgo fundamental, de carácter necesario, para que se pueda hablar de un Estado de Derecho³⁰. Dicho de otro modo: sin independencia judicial, no hay Estado de Derecho. Propiamente hablando, no hay Justicia. Sin justicia, los estados son, en palabras de AGUSTÍN DE HIPONA, grandes bandas de ladrones, *magna latrocinia*³¹. Y por si alguno no lo había entendido bien, S. AGUSTÍN aplicaba este principio a la misma Roma, a la que, al acusarla de atacar por pura codicia a otros reinos y pueblos, se preguntaba “¿qué otra cosa más que una gran banda de ladrones puede llamarse?”³².

Algo sobre la *politicación de la justicia*.

Al hablar de *independencia judicial* surge inmediatamente la cuestión de la *politicación judicial*. A menudo se acusa a los jueces y magistrados de *estar politicados*.

30. *Vide*, a este respecto, DIAKITE Fatoumata, *Aperçu général sur l'État de l'Indépendance de la Magistrature en Afrique*, en *L'indépendance...*, cit., p. 19.

31. *Quam similia sint latrocinis regna absque iustitia. Remota itaque iustitia, quid sunt regna, nisi magna latrocinia?* (S. AGUSTÍN: *La Ciudad de Dios (Iª)*, Libro IV, Cap. IV, en *Obras Completas*, XVI, B.A.C., Madrid, 1988, p. 228).

32. *Inferre autem bella finitimis, et inde in cetera procedere, ac populos sibi non molestos sola regni cupiditate conterere et subdere, quid alium quam grande latrocinium nominandum est?* (*op. cit.*, p. 232).

Aquí estamos ante otro sofisma o, si lo prefieren, ante lo que los italianos llaman un *dilema cornuto*, es decir, un problema sin solución posible, dados los términos en que se plantea.

El juez es un ciudadano. Y como tal, tiene –o al menos eso espero– sus propias ideas *políticas*. De lo contrario sería un necio. Sin embargo, el juez está para *decir la ley* (*iudex* equivale a *ius dicens*), no para imponer su opinión personal, y menos si es una opinión no jurídica, sino filosófica, política, ética, o sociológica, o la que sea.

Además, el sistema judicial es un complejísimo mecanismo de pesos y contrapesos: existen recursos (en general, demasiados, al menos en el sistema español); cuando se trata de un tribunal colegiado, hay diversas opiniones, como mínimo tres, a menudo cinco; y en algún caso, siete o más, como sucede en las salas de discordia o en los Plenos de algunas Cortes o Tribunales Supremos. Por mucho que alguien se empeñara en hacer prevalecer su opinión en contra de la ley, lo tendría muy difícil; por lo menos, en la instancia siguiente, si se trata de un juez que sentencia unipersonalmente. Sin dejar de lado que el juez o magistrado que dicta a sabiendas, o por imprudencia grave, una resolución injusta, incurre en un delito de prevaricación.

En mi opinión, modestamente avalada por algunos conocimientos de Filosofía del Derecho, el peligro puede estar, aunque a nivel bastante difuso, no tanto en si el juez es de *derechas* o de *izquierdas*, *conservador* o *progresista*, quiera ello decir lo que se quiera, sino en si cree o no en el Derecho y por tanto en la Justicia o si, por el contrario, la *utiliza* como *medio alternativo de transformación social*, como viene postulando, desde los años setenta del siglo anterior, la doctrina del *uso alternativo del derecho*.

La cuestión, en realidad, se simplifica cuando se atiende a que, lo deseable, mejor dicho, lo exigible, es que el juez pueda libremente emitir sus sentencias y resoluciones ajeno a cualquier injerencia indebida, del poder ejecutivo, sí, pero también del poder legislativo, de los poderes fácticos, e incluso de sus propios colegas o instancias judiciales superiores.

Es un problema acuciante, que preocupa tanto en América como en Europa, así como también en África. En este último continente, es expresión de lo que digo que en la ya citada Conferencia de Lomé (Togo), de la *Union Internationale des Magistrats* (Noviembre de 2011), se concluía, rotundamente, que “les juges doivent agir de façon indépendante et impartiale. Ils ne doivent subir aucune influence, que ce soit des autres pouvoirs de l’État, d’autres influences extérieures ou de celles du pouvoir

judiciaire lui-même»³³. Como también: «C'est une nécessité inhérente à toute nation que d'avoir une justice rendue par des juges impartiaux et indépendants. L'indépendance de la justice est indispensable»³⁴.

La responsabilidad del juez.-

Al mismo tiempo, la independencia judicial tiene su contrapunto en la *responsabilidad* del juez.

También fue advertido este importante aspecto por la Constitución de 1812, de tal modo que el *Discurso Preliminar* afirmaba: “Como la integridad de los jueces es el requisito mas esencial para el buen desempeño de su cargo, es preciso asegurar en ellos esta virtud por quantos medios sean imaginables. Su ánimo debe estar á cubierto de las impresiones que pueda producir hasta el remoto recelo de una separacion violenta...”

Mas la misma seguridad que adquieren los jueces en la nueva Constitucion, exige que su responsabilidad sea efectiva en todos los casos en que abusen de la tremenda autoridad que la ley les confía...”³⁵.

La responsabilidad del juez puede ser penal, disciplinaria, y civil. Es decir, el juez, en cuanto tal, responde de los delitos que pueda cometer en el ejercicio de su función (singularmente la prevaricación y el cohecho). Igualmente, responde de las infracciones recogidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, en el art. 416, las clasifica como faltas muy graves, graves y leves. Las muy graves se tipifican en el art. 417; las graves en el art. 418; y las leves en el art. 419.

Es de notar que, entre las faltas muy graves se encuentran tres directamente ligadas con el principio de la independencia judicial, que no sólo es derecho, sino deber. Estas tres infracciones, repito que muy graves, son:

Art. 417.4: La intromisión, mediante órdenes o presiones de cualquier clase, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional de otro juez o magistrado.

Art. 417.6: El ejercicio de cualquiera de las actividades incompatibles con el cargo de juez o magistrado, establecidas en el artículo 389 de esta Ley,

³³ *L'indépendance de la Magistrature. The independence of the Judiciary. La independencia judicial.* Conférence Internationale, Lomé, Togo, 12-15 Novembre 2011, Del Rey, Editora, Belo Horizonte, Brasil, 2011, p. 225.

³⁴ *Loc. cit.*, p. 226.

³⁵ *op. cit.*, pp. 66-67.

salvo las que puedan constituir falta grave con arreglo a lo dispuesto en el artículo 418.14 de la misma.

Art. 417.8: La inobservancia del deber de abstención a sabiendas de que concurre alguna de las causas legalmente previstas.

Indirectamente, está también ligada al deber de independencia judicial, la falta, también muy grave, del art. 417.11: Faltar a la verdad en ... declaraciones de compatibilidad...

A nivel más atenuado, el art. 418 LOPJ recoge algunos tipos de falta grave, que también tienen que ver con la obligación de independencia.

Así, los números:

418.2: Interesarse, mediante cualquier clase de recomendación, en el ejercicio de la actividad jurisdiccional de otro juez o magistrado.

418.14: El ejercicio de cualquier actividad de las consideradas compatibilizables a que se refiere el artículo 389.5º de esta Ley, sin obtener cuando esté prevista la pertinente autorización o habiéndola obtenido con falta de veracidad en los presupuestos alegados.

Cabe añadir que las faltas muy graves son sancionables con suspensión, traslado forzoso o separación (Cf. art. 420.2 LOPJ).

Las garantías de la independencia judicial.-

A nivel constitucional, existen diversas soluciones según la tradición jurídica de cada país. Así, por ejemplo, la Constitución Francesa de 4 de octubre de 1958 establece, en el artículo 64, que

« Le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire.

Il est assisté par le Conseil Supérieur de la Magistrature.

Une loi organique porte statut des magistrats.

Les magistrats du siège sont inamovibles ».

En España, además de los casos en que el ataque a la independencia del juez sea constitutivo de delito, en cuyo supuesto actúan las previsiones del Código Penal, la garantía de la independencia judicial se regula en los

artículos 12 a 15 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Tiene especial interés el artículo 14 de los citados, que dispone :

“1. 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.

2. El Ministerio Fiscal, por sí o a petición de aquellos, promoverá las acciones pertinentes en defensa de la independencia judicial”.

En definitiva, es función primordial de los Consejos de la Magistratura, Consejos de Justicia, etc., en sus diferentes denominaciones, la defensa y salvaguarda de la independencia judicial.

¿Y la politización del Consejo General del Poder Judicial?.-

Hablar de la politización del Consejo General del Poder Judicial, para criticarlo, es, como dicen los ingleses, *ladrar en el árbol equivocado* ³⁶. El Consejo General del Poder Judicial no es que esté *politizado*; es que *es un órgano político*. El CGPJ es, según determinan el art. 122.2 CE y el art. 558 de la LOPJ, el órgano de gobierno del Poder Judicial.

Su composición viene determinada por dicho artículo 122 CE y se concreta en el artículo 566 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según la reforma de ésta operada por la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de Junio, que la reformó profundamente. Se compone de veinte miembros, de los que doce son jueces o magistrados; y ocho son nombrados entre juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio en su profesión, todos ellos designados por mitad por las respectivas Cámaras, Congreso y Senado. A ellos se añade el Presidente, nombrado por los Vocales por una mayoría de tres quintos de los miembros del Pleno, en sesión a celebrar entre los tres y siete días más tarde de la sesión constitutiva del Consejo (*Cf.* art. 586 LOPJ).

En el proceso electivo de los Vocales judiciales juegan –y seguirán jugando– un papel muy importante las Asociaciones Judiciales existentes, ya que éstas han venido proponiendo sus candidaturas tras procesos de elecciones internas más o menos complejos, aunque los jueces y magistrados no asociados tienen

³⁶. *To bark at the wrong tree*, significando que se está errando el tiro, confundiendo el problema principal.

también su oportunidad, que, lógicamente, suele ser menor por faltarles el apoyo compacto que las asociaciones pueden ofrecer a sus afiliados ³⁷.

¿Es cierto que los Vocales adoptan sus decisiones a golpe de llamada de teléfono o de indicación de los partidos afines? Pues no. Una cosa es que, cada uno de ellos tenga unas ideas políticas determinadas, más o menos arraigadas, y la otra es que sean correa de transmisión, como gusta decirse ahora, de los políticos de turno. Los vocales no están sujetos a mandato imperativo alguno (art. 581 LOPJ), por lo que son perfectamente libres –y responsables- para adoptar las decisiones que tengan por conveniente.

La regulación actual del Consejo General del Poder Judicial.-

Como hemos indicado, la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de Junio operó una modificación sustancial de la organización y funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial.

A mi entender, se trató de un ataque en toda regla contra la independencia del Poder Judicial, propiciada por el Poder Ejecutivo de turno, por razones sobre las que no puedo profundizar al estar sujeto en gran parte al secreto de oficio.

El conjunto de la citada Ley Orgánica 4/2013 es, en su totalidad, una merma continua de las competencias, potestades y funciones del Consejo General, con una configuración claramente presidencialista que ha sido unánimemente criticada por los estamentos judiciales.

Algunos de los puntos en que se ve claramente esa tendencia debilitadora del Consejo General pueden ser los siguientes:

1.- La división de los Vocales en *vocales de primera*, o exclusivos, que, según el art. 579 LOPJ son sólo los integrantes de la Comisión Permanente (el Presidente y, tras la reforma por la L.O. , siete vocales –antes eran cinco-, *ex Art. 601.2 LOPJ*); y los *a tiempo parcial*, que son todos los demás, quienes continúan ejerciendo sus funciones en el lugar donde se hallaban antes de ser nombrados, y que acuden a las reuniones a las que son citados, cobrando dieta (Art. 584 bis, 2 LOPJ).

2.- La toma de decisiones que pasa a ser por mayoría simple, y, sobre todo, la prohibición del voto secreto, que pasa a ser *nominal y no secreto* (Art. 630.2 LOPJ).

³⁷. Sobre el proceso electivo de los Vocales judiciales, *vide* arts. 572 a 578 LOPJ.

3.- La supresión de numerosas Comisiones, entre las que destaca la ciega eliminación de la Comisión de Relaciones Internacionales, que había conseguido que España ocupara un lugar preeminente en Organismos de la importancia y prestigio de la Cumbre Judicial Iberoamericana (en la que se ocupaba la Secretaría Permanente), o la Red Europea de Consejos de Justicia, así como las numerosas relaciones bilaterales o multilaterales existentes. Agravio al que se añade que todas las actividades internacionales del Consejo General del Poder Judicial han de llevarse a cabo en coordinación con el Ministerio de Asuntos Exteriores y de acuerdo con las directrices en materia de política exterior que, en el ejercicio de sus competencias, sean fijadas por éste (*cf.* Art. 562 LOPJ).

4.- La supresión de la Comisión Disciplinaria, sustituyéndola por un Promotor de la Acción Disciplinaria, lo que hace más imprevisible y posiblemente más severas las consecuencias para los jueces y magistrados que han de someterse a los respectivos dictámenes e investigaciones.

5.- La supresión de los Vocales Territoriales, que garantizaban un contacto fluido y una resolución pronta y eficaz de los problemas que afectaban a los territorios a su cargo.

En definitiva, una vez transcurrido el tiempo legal de la duración del actual Consejo, que está ahora en prórroga funcional, parece que el balance ha sido francamente negativo, siendo así que hay un clamor prácticamente unánime respecto de la modificación, o vuelta atrás, mejorando lo mejorable, hacia el anterior sistema.

Conclusión.-

La independencia del Poder Judicial es una materia ética, estrechamente ligada a la imparcialidad, a la integridad y a la transparencia. Por ello, siempre será un reflejo de la salud o predominio de los valores éticos en la sociedad en que se ejerce aquel poder.

“La vida pública, ciertamente, no puede prescindir de los criterios éticos. La paz se consigue ante todo en el terreno de los valores humanos vividos y transmitidos por los ciudadanos y los pueblos. Cuando se disgrega el tejido moral de una nación, hay que temer cualquier cosa”³⁸.

³⁸. San Juan Pablo II: *Carta apostólica con ocasión del 50º aniversario del comienzo de la Segunda Guerra Mundial*, n. 11, 27 Agosto 1989.

Aunque siempre quedará un último baluarte, la honradez de cada una, de cada uno, de los jueces y magistrados en los que se personifica el Poder Judicial: “El hombre honrado, aunque esté sometido a servidumbre, es libre. En cambio, el malvado, aunque sea rey, es esclavo, y no de un hombre, sino de tantos dueños como vicios tenga”³⁹.

³⁹. San Agustín: *De civitate Dei*, IV, III, B.A.C., Obras Completas, T. XVI, Madrid, MCMLXXXVIII, p. 228.