

02 SEP 2022

**Anuario de Derecho Administrativo 2022, 1ª ed., julio 2022**  
PORTADA

# ANUARIO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

## 2022

**MIGUEL ÁNGEL RECUERDA GIRELA**  
DIRECTOR

---

*Dedicado a TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ*

01 SEP 2022

## **Anuario de Derecho Administrativo 2022, 1ª ed., julio 2022**

CAPÍTULO 6 PODER JUDICIAL E INDEPENDENCIA JUDICIAL: EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL FRENTE A LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE Y DEL TEDH

### **CAPÍTULO 6**

## **PODER JUDICIAL E INDEPENDENCIA JUDICIAL: EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL FRENTE A LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE Y DEL TEDH<sup>1</sup>**

**JOSÉ MARÍA MACÍAS CASTAÑO**

*Socio coordinador del Grupo de Casación y Recursos Especiales de Cuatrecasas  
Vocal del Consejo General del Poder Judicial. Magistrado (exc.)*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LAS RAZONES PARA UNA NUEVA VISIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL EN EUROPA. 3. LOS PASOS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE Y DEL TEDH PARA LLEVAR A CABO UN CAMBIO DE ENFOQUE EN MATERIA DE INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL. 3.1. *El alcance de las competencias del TJUE para establecer las exigencias de independencia del poder judicial de los Estados miembros de la Unión Europea.* 3.2. *La transformación del soft law en hard law por vía de jurisprudencia.* 3.3. *La concepción de la independencia judicial desde la perspectiva de los estándares europeos.* 4. LA JURISPRUDENCIA ESTABLECIDA POR EL TJUE Y DEL TEDH SOBRE LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL DURANTE EL AÑO 2021. 4.1. *La jurisprudencia del TJUE.* 4.1.1. Sentencia de 2 de marzo de 2021, C-824/18. 4.1.2. Sentencia de 15 de julio de 2021, C-791/19. 4.1.3. Sentencia de 6 de octubre de 2021, C-487/19. 4.2. *La jurisprudencia del TEDH.* 4.2.1. Sentencia de 22 de julio de 2021, asunto *Reczkowicz*. 4.2.2. Sentencia de 8 de noviembre de 2021, asunto *Dolinska*. 4.2.3. Sentencia de 3 de febrero de 2022, asunto *Advance Pharma*. 5. LAS REPERCUSIONES DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE Y DEL TEDH EN EL ÁMBITO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. 6. CONCLUSIONES. 7. BIBLIOGRAFÍA.

### **I. INTRODUCCIÓN**

Durante el año 2021 se ha agravado la ya de por sí grave crisis institucional que vive España como consecuencia de la falta de renovación del Consejo General del poder judicial (CGPJ) y la controversia sobre si debe mantenerse el actual sistema de nombramiento de sus miembros, confiado de manera exclusiva a las Cortes Generales, o si sus miembros judiciales (doce de veinte) deben ser elegidos por los propios jueces.

Esa falta de renovación se tradujo en un primer momento en el vaivén de las discusiones sostenidas en los despachos del Gobierno de España y en los del principal partido de la oposición. Esta constatación, no por conocida y asumida como natural, deja de ser la evidencia de la falta de correlación entre la realidad y las previsiones constitucionales y legales sobre el nombramiento de los miembros del CGPJ: las Cortes Generales ni han estado ni se les esperaba ni, peor aún, se les espera en el futuro. Y ello al margen de que esté por ver que las auténticas previsiones constitucionales y legales atribuyan a las Cortes Generales el papel que supuestamente tendrían que asumir. En cualquier caso, lo que es evidente es que ni al Gobierno ni a los partidos políticos fuera de su representación y cauce parlamentario se les atribuye ningún papel, al menos formal, en esa renovación.

La falta de acuerdo ha saltado de esos despachos al debate en los medios de comunicación, que es tanto como afirmar que se ha llevado al terreno de la opinión pública para convertirla en el árbitro infalible de una discusión en la que, sin embargo y como seguidamente intentaré justificar, la opinión pública ha perdido toda posibilidad de control, no obstante su importancia desde una perspectiva diferente en la que tendré que abundar. En ese terreno (el de la opinión pública), y como cabía esperar en un ámbito propicio para la manipulación, los argumentos que se han empleado han sido peor que contradictorios y simplones para llegar al límite intolerable de lo ramplón.

Pero el siguiente paso ha sido infinitamente más sofisticado y revela que el conflicto que vivimos en España en este tema es un conflicto de mucho mayor alcance. Precisamente por eso decía que es algo que ha quedado (que debe quedar) al margen de la decisión de la opinión pública por una simple cuestión de sanidad democrática. Ello no excluye considerar la opinión pública como un elemento de importancia trascendental, pero con un papel diferente.

Ese paso final (por ahora) es el que vivimos en la actualidad y para el que el año 2021 ha sido decisivo en la medida en que ha permitido al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) consolidar una línea jurisprudencial que se inauguró en 2018<sup>2</sup> y que se ha expresado en tres sentencias de 2 de marzo de 2021<sup>3</sup>, 15 de julio de 2021<sup>4</sup> y 6 de octubre de 2021<sup>5</sup> y que, desde las sentencias del TJUE, se ha incorporado o ha sido refrendada por otras dos sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH): sentencias de 22 de julio de 2021<sup>6</sup> y de 8 de noviembre de 2021<sup>7</sup>, a las que se ha sumado una tercera sentencia ya durante el presente año 2022, de 3 de febrero de 2022<sup>8</sup>.

La relevancia de esa jurisprudencia se constata en numerosos aspectos de la actividad del CGPJ, desde los nombramientos de carácter discrecional de determinados cargos judiciales a la aplicación del régimen disciplinario de jueces y magistrados. Su análisis en extensión es inasumible en las páginas de este capítulo. Opto, por ello, por centrar la reflexión en lo que esa jurisprudencia supone para el grave conflicto institucional al que he aludido en el primer párrafo de este capítulo: la composición y forma de designación de los miembros de los Consejos de Justicia y, entre ellos, del CGPJ, sin perjuicio de los aspectos generales que necesariamente tienen que abordarse para que ese análisis sea comprensible.

Lo que implica esa jurisprudencia va mucho más allá de los casos concretos que

resuelve. Incluso va más allá de la obligación de cumplimiento y de la primacía del Derecho de la Unión Europea (en el caso de la jurisprudencia del TJUE) o del cumplimiento de las obligaciones derivadas del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales<sup>9</sup> (en el caso de la jurisprudencia del TEDH). Suponen, en realidad, una lectura diferente de nuestra Constitución. No diré que una modificación, pero sí una lectura diferente que se desenvuelve al margen de lo que a la opinión pública o, si se quiere, al cuerpo electoral le pueda parecer esa nueva lectura.

Intentaré exponer el origen y contenido de esa jurisprudencia, así como su objetivo y consecuencias. Advierto que esa exposición no es (ni siquiera creo que pueda ser) neutra en la medida en que no me voy a limitar a la sola transcripción de los hechos que se tuvieron en cuenta para el dictado de las sentencias y la doctrina que sientan: entiendo que resulta de fundamental importancia el ejercicio de intentar determinar las razones que motivan esa doctrina y las consecuencias a las que aboca, y eso implica incorporar opinión a la exposición, que nunca es neutra.

## **1. LAS RAZONES PARA UNA NUEVA VISIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL EN EUROPA**

Creo que es posible expresar de manera sintética qué es lo que supone la jurisprudencia del TJUE y del TEDH consolidada durante el año 2021: el TJUE ha introducido un cambio de enfoque en la forma de entender su competencia para examinar si las actuaciones de los Estados miembros son conformes con el principio de Estado de Derecho y, de manera específica, si se respeta la exigencia de independencia del poder judicial de esos Estados, sin la que no cabe aceptar la vigencia del Estado de Derecho.

Ese cambio de enfoque ha supuesto dos cosas: la primera, la posibilidad de hacer una evaluación general del respeto al Estado de Derecho y la independencia judicial por parte de los Estados miembros sin exigir que ese examen se proyecte exclusivamente sobre supuestos de aplicación del Derecho de la Unión. Con ello ha encontrado la fórmula para superar las limitaciones que establece el art. 51 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (la Carta)<sup>10</sup> tanto en cuanto a los supuestos en los que la Carta puede ser aplicada como en cuanto, de manera indirecta, generar una competencia a favor de la Unión no atribuida en los tratados constitutivos.

Y la segunda, transformar en *hard law* lo que hasta el momento sólo era el *soft law* expresado en recomendaciones, dictámenes y otros textos no vinculantes de órganos del Consejo de Europa y, posteriormente, de instituciones de la Unión Europea. Esto es lo que ha hecho el TJUE y lo que, siguiendo su estela, ha incorporado también el TEDH a su jurisprudencia.

Cómo se ha llegado a establecer esta jurisprudencia y qué efectos produce es algo que examinaremos después, pero antes es importante preguntarse el porqué de este cambio de orientación, preguntarse por las razones que han llevado al TJUE y al TEDH a introducir ese cambio. Comprender las razones ayuda también a entender el sentido de esta jurisprudencia y su alcance, no sólo el actual, sino el que puede llegar a tener en un futuro que quizás sea muy próximo.

A mi modo de ver, las razones son variadas, pero hay dos, íntimamente relacionadas, que creo que se deben destacar.

De un lado, el nuevo papel que asume la importancia de la confianza de la ciudadanía en la independencia de la justicia y los órganos encargados de su gobierno como factor de legitimación democrática y no meramente como condición que debe darse en el juez concreto que juzga un caso concreto y, de otro lado, los problemas de cohesión europea ante el fenómeno del *backsliding*.

La importancia de la confianza de la ciudadanía en el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia ha sido destacada en múltiples ocasiones en sentencias del TEDH muy anteriores al año 2021, convirtiendo en doctrina lo que en el Lord Chief Justice of England, Lord Hewart, afirmó en su sentencia de 9 de noviembre de 1923<sup>11</sup>: *“It is not merely of some importance but is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done”*. Las apariencias, ha afirmado el TEDH, son importantes en una sociedad democrática, porque *“de ello depende la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables”*<sup>12</sup>. Y las apariencias no sólo son susceptibles de generar dudas cuando recaen sobre un juez o un tribunal concreto, sino sobre el aparato judicial en su conjunto. Así lo ha afirmado el TJUE en relación a la percepción que pueda tener la ciudadanía en cuanto a la capacidad de influencia de los poderes legislativo y ejecutivo en el poder judicial a través de la influencia en su órgano de gobierno (Consejo de Justicia), que *“pueden dar lugar a una falta de apariencia de independencia o de imparcialidad de esos jueces susceptible de menoscabar la confianza que la Administración de Justicia debe inspirar en los justiciables en una sociedad democrática y un Estado de Derecho”*<sup>13</sup>. Dicho sintéticamente, y sobre ello volveremos después, la desconfianza en el órgano de gobierno de los jueces se convierte en una suerte de pecado original que se transmite de padres a hijos: si el nombramiento de los miembros del órgano de gobierno de los jueces no genera confianza, esa falta de confianza se traslada, a su vez, a los jueces que nombre ese órgano de gobierno, afectando al sistema en su conjunto.

El fenómeno del *backsliding*<sup>14</sup>, como segunda razón a la que apunto, es un problema que yo no llamaría novedoso en términos absolutos si por términos absolutos entendemos la historia de la humanidad, que abunda en ejemplos de cómo los movimientos populistas pueden subvertir sistemas democráticos aprovechando los resortes del propio sistema democrático. Pero sí es un fenómeno novedoso en la Unión Europea desde que existe como tal, que cabe considerar ligado a la gran ampliación de 2004 y la incorporación de Estados democráticos que, por su estatus reciente, probablemente no estaban en condiciones de madurez suficiente para asumir las exigencias del Estado de Derecho con la misma intensidad que otras democracias consolidadas que ya pertenecían a la Unión.

El *backsliding* se ha calificado directamente como un “asalto al poder judicial”<sup>15</sup> y se traduciría como un “retroceso”, aunque la literalidad del término inglés es más evocadora que un mero retroceso: supone un “retroceso lento o paulatino” o, más literalmente aún, un “deslizarse hacia atrás”. Este fenómeno se identifica con las reformas legislativas introducidas en algunos países del este de Europa cuyos gobiernos han sido alcanzados democráticamente por partidos de ultraderecha y que, entre otros

aspectos, pero de manera muy principal, introducen reformas que erosionan la independencia del poder judicial para vincularlo o supeditarlo al control de los poderes legislativo y ejecutivo, de manera que el poder judicial no implique, con su función de preservación del orden constitucional, un freno al programa de esos partidos políticos. No son reformas bruscas, sino que se producen en un contexto pautado o progresivo (*sliding*), no revolucionario, que finalmente se acaba asumiendo como el marco constitucional propio y natural. El *backsliding* implica, en definitiva, el despiece paulatino de la división de poderes mediante la expansión de las facultades del poder legislativo y ejecutivo al margen de un control efectivo del poder judicial y, con ello, el despiece del Estado de Derecho.

En mi opinión, sería un error creer que el *backsliding* es un fenómeno privativo de las antiguas dictaduras comunistas del este de Europa; o que es un fenómeno de “progresión cortada” de democracias inmaduras; o que se relaciona sólo con la ultraderecha como una suerte de patrimonio ideológico. Insisto en que es mi opinión, pero ningún anticuerpo se ha generado en el sur de Europa que la haga inmune frente a este fenómeno; o que no pueda producirse en democracias consolidadas que atraviesen según qué crisis que las lleven a una regresión democrática; o que otros movimientos populistas y radicales que no se identifiquen con la ultraderecha no puedan utilizar estos mismos métodos.

Sigo expresando mi opinión si afirmo que una cosa es aceptar que un movimiento de ultraderecha es terreno abonado para el *backsliding* y otra completamente diferente pretender que no pueda plantearse en movimientos de otras tendencias que cumplan tres condiciones: populismo, planteamiento radical no concorde con las exigencias de la democracia liberal y, sobre todo, que puedan imponer esos planteamientos porque hayan tenido la oportunidad de acceder al poder legislativo y ejecutivo, condición sin la que el *backsliding* no es posible.

Y nuevamente en mi opinión, proyectos legislativos que han pretendido que a los vocales de un Consejo de Justicia se les nombre por un *quorum* parlamentario mínimo, el mismo que da cobertura a un gobierno para que se convierta en su correa de transmisión, es una técnica de *backsliding*. Privar a ese Consejo mediante ley infraconstitucional de sus competencias constitucionales exclusivas y excluyentes para que no pueda nombrar a los magistrados del Tribunal Supremo, forzando intencionadamente disfunciones en su buen funcionamiento, también se enmarca en esas técnicas. Eludir la opinión del órgano de gobierno del poder judicial en reformas legislativas que alteran el régimen jurídico de jueces y magistrados y de su órgano de gobierno no es ajeno al *backsliding*. Proyectar fórmulas de reclutamiento de jueces por “perfiles” y no por mérito y capacidad contrastado por un órgano técnico imparcial vuelve a ser lo mismo, *backsliding*. Y los ataques continuos al poder judicial en general y a jueces y magistrados en particular por responsables del poder ejecutivo y del legislativo para, con ello, desacreditarlos ante la opinión pública, vuelve a ser una fórmula de *backsliding* que conecta este fenómeno con la importancia que tienen en una sociedad democrática las apariencias y la confianza de la ciudadanía. Y todo eso, que son ejemplos próximos y reales, ni han sucedido (sólo) en el este de Europa, ni en una democracia no consolidada ni lo han protagonizado gobiernos de ultraderecha. Algunas voces muy autorizadas han alertado sobre la gravedad y las consecuencias de algunos de estos ejemplos en nuestro propio

país<sup>16</sup>.

El Tratado de la Unión Europea (TUE) incorporó mecanismos de reacción frente a estos posibles fenómenos que se han revelado inefectivos: el llamado “botón nuclear” del art. 7 TUE y los mecanismos de alerta temprana y de reacción que incorpora, que quizás se incluyó en el TUE en la confianza de no tener que pulsarlo nunca y en la convicción de que sus consecuencias potenciales serían suficientemente disuasorias<sup>17</sup>, no ha cumplido su función, probablemente por la magnitud teórica de sus consecuencias y porque su efectividad se confiaba a un juicio político, no jurídico.

Este es el contexto en el que se ha gestado la jurisprudencia del TJUE y del TEDH que examinamos en este capítulo.

## **1. LOS PASOS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE Y DEL TEDH PARA LLEVAR A CABO UN CAMBIO DE ENFOQUE EN MATERIA DE INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL**

La culminación por parte del TJUE y, con él, del TEDH de una jurisprudencia ya iniciada a partir del año 2018<sup>18</sup> y que también ha tenido su reflejo en el año 2019<sup>19</sup> y 2020<sup>20</sup>, obliga a considerar una serie de elementos que hacen comprensibles cómo una materia propia del ámbito constitucional más estricto de los Estados miembros (el poder judicial y sus relaciones con los restantes poderes de los Estados), no cedida en los tratados constitutivos de la Unión Europea, ha acabado en el ámbito de control de la Unión y de su Tribunal.

Son tres los elementos a considerar, que abordaré sucesivamente.

### **3.1. EL ALCANCE DE LAS COMPETENCIAS DEL TJUE PARA ESTABLECER LAS EXIGENCIAS DE INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA**

La Administración de Justicia no es una competencia cedida a la Unión Europea en los tratados constitutivos, como tampoco lo es la organización del poder judicial de los Estados miembros. Por otro lado, la independencia judicial, aunque sí es elemento consustancial del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el art. 47.1 de la Carta (*“Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída... por un juez independiente...”*), se encuentra con la limitación establecida en el art. 51 de la Carta que impide que el TJUE pueda construir una teoría general al margen de las concretas competencias cedidas en los tratados: *“1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión... así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen...el Derecho de la Unión. 2. La presente Carta no crea ninguna competencia...”*).

El cambio de enfoque se produce con la sentencia del TJUE de 27 de febrero de 2018 en una cuestión prejudicial planteada por una asociación de jueces portugueses en una reclamación de carácter salarial<sup>21</sup>. A partir de esta sentencia inicial, su doctrina, que cabe considerar a día de hoy más que consolidada, se va a repetir en otras posteriores y constituye el punto de partida de las que después vamos a analizar.

El planteamiento del TJUE podría resumirse con la siguiente consideración: la independencia judicial es parte del derecho a la tutela judicial efectiva (como ya se ha señalado, art. 47.1 de la Carta), pero desde una perspectiva institucional, es también condición necesaria para la efectividad del principio de separación de poderes, elemento consustancial al Estado de Derecho, que constituye uno de los valores que fundamentan la Unión Europea (art. 2 TUE). El respeto al Estado de Derecho es condición para el ingreso en la Unión Europea (art. 49 TUE), pero también es una condición para la permanencia cuyo incumplimiento puede dar lugar (en teoría) a que se pulse el “botón nuclear” al que antes se ha aludido (art. 7 TUE).

Partiendo de estas premisas, el cierre del argumento lo proporciona el párrafo segundo del art. 19.1 TUE, que impone a los Estados miembros la obligación de establecer las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva “*en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión*”. Ahora bien, en la medida en que se acepte como premisa que todo juez de un Estado miembro puede acabar aplicando Derecho de la Unión, se hace necesario que los poderes judiciales de los Estados miembros respeten las exigencias del Estado de Derecho y de independencia judicial en los términos exigidos por los arts. 2 TUE y 47.1 de la Carta. Y como ésta es una exigencia permanente y previa a la actuación de los jueces en un caso concreto, el TJUE está habilitado para poder examinar si los Estados miembros cumplen las exigencias del art. 19.1 TUE sin necesidad de que exista una actuación particular sobre “*un ámbito cubierto por el Derecho de la Unión*”, entendiendo por tales aquellos en los que se les ha cedido competencias materiales.

Esto es algo que de manera sintética expresa el TJUE afirmando que:

*“102. Como se contempla en el artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, corresponde a los Estados miembros establecer un sistema de vías de recurso y de procedimientos que garantice a los justiciables el respeto de su derecho a la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión. El principio de tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables, al que se refiere, de este modo, el artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, constituye un principio general del Derecho de la Unión que emana de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, que ha sido consagrado en los artículos 6 y 13 del CEDH y que en la actualidad se reconoce en el artículo 47 de la Carta... Por tanto, esta última disposición debe tenerse debidamente en cuenta para interpretar el referido artículo 19, apartado 1, párrafo segundo.*

*103. En cuanto al ámbito de aplicación material del artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, esta disposición se refiere a los ‘ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión’, con independencia de la situación en la que los Estados miembros apliquen este Derecho, en el sentido del artículo 51, apartado 1, de la Carta...*

*104. Todo Estado miembro debe garantizar concretamente, en virtud del artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, que aquellos órganos que, en calidad de ‘órganos jurisdiccionales’ –en el sentido definido por el ordenamiento jurídico de la Unión–, formen parte de su sistema de vías de recurso en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión, y que por lo tanto puedan tener que resolver, en tal calidad, sobre la aplicación o la interpretación del Derecho de la Unión, cumplan las exigencias de la tutela judicial efectiva...”*

Una vez que el TJUE ha establecido el enfoque que le permite definir, con carácter general y con independencia de que la actuación se proyectó sobre “*un ámbito cubierto*



*por el Derecho de la Unión”, cuáles son los requisitos y exigencias que dan contenido al principio de Estado de Derecho y al concepto de independencia del poder judicial, la tarea consiste en determinar de manera precisa ese contenido, que no resulta literalmente de los términos escuetos de los arts. 3 y 19.1 TUE y 47.1 de la Carta.*

### 3.2. LA TRANSFORMACIÓN DEL SOFT LAW EN HARD LAW POR VÍA DE JURISPRUDENCIA

*La determinación del contenido del principio de Estado de Derecho y, de manera más precisa, del concepto de independencia judicial como condición de aquél en el Derecho de la Unión Europea no ha seguido un curso rectilíneo: es un claro ejemplo de argumentación o discurso circular que acaba transformando en Derecho (en el sentido de normas vinculantes) lo que en principio no lo es o, al menos, no lo era<sup>22</sup>.*

Como señalo en el título del epígrafe, los contenidos del concepto de independencia judicial resultan de la transformación en *hard law*, a través de la jurisprudencia del TJUE y del TEDH, de lo que en principio era *soft law*. Puede dudarse del carácter democrático de esta forma de generar Derecho y precisamente en ámbitos que son propiamente constitucionales, pero lo cierto es que no es algo extraño en el Derecho de la Unión Europea: los principios fundamentales que han permitido construir un ordenamiento europeo coherente (el efecto directo de los tratados constitutivos y la primacía del Derecho de la Unión), son principios no expresados literalmente en los tratados y que fueron “inferidos” (y convertidos en Derecho) por la jurisprudencia del TJUE.

El contenido del concepto de independencia judicial en Europa se construye a partir de las recomendaciones, informes y dictámenes de una serie de órganos e instituciones dependientes o integrados en el Consejo de Europa, fundamentalmente su Consejo de Ministros (con un texto inicial destacado, la recomendación 94-12-), las conferencias impulsadas por el Directorado de Asuntos Judiciales (de las que acabó resultando la Carta Europea de los Jueces de 1998), los distintos informes de la Comisión de Venecia (Comisión Europea para la Democracia por el Derecho, órgano consultivo del Consejo de Europa) y el Consejo Consultivo de los Jueces Europeos.

Posteriormente, a este *soft law* se van a incorporar también las instituciones de la Unión Europea, fundamentalmente la Comisión y el Parlamento, cuando los conflictos generados por las reformas legislativas de Polonia y Hungría en relación con el poder judicial de ambos países degeneran en episodios de *backsliding* constitucional que amenazan con perjudicar la cohesión europea.

Para su elaboración, las recomendaciones e informes se fundan, a menudo, en la cita de sentencias del TEDH sobre cuestiones diversas relacionadas con el art. 6.1 del CEDH y los principios de independencia e imparcialidad judicial, con las que se forma un cuerpo doctrinal coherente. Este cuerpo doctrinal coherente es después utilizado por el TJUE y por el TEDH para interpretar los arts. 2 y 19.1 TUE, 47 de la Carta y 6.1 CEDH. Con ello, estos Altos Tribunales forman su jurisprudencia y, desde ahí, vuelve a nutrir nuevas recomendaciones e informes, aunque no sólo recomendaciones e informes, sino también actos vinculantes de las instituciones europeas que, ahora ya sí, afirman aplicar los tratados tal y como los ha interpretado esa jurisprudencia. Como decía antes, una argumentación circular en la que resulta difícil identificar quién es en realidad quien ha

empezado a construir el Derecho.

Un examen completo de la progresión de los distintos textos de *soft law* aprobados por las instituciones mencionadas resulta inabordable para estas páginas<sup>23</sup>. Limitaré por ello la referencia al estándar que interesa a este capítulo: el relativo a la composición y forma de nombramiento de los miembros de los Consejos de Justicia.

Con arreglo a estos estándares, allí donde exista un Consejo de Justicia, al menos la mitad de sus miembros han de ser jueces, y su elección corresponde a los propios jueces o, en expresión literal de los textos que recogen los estándares, “*a sus pares*”.

Este estándar aparece incluido en el primer apartado de la Carta Europea sobre el Estatuto de los Jueces de 8/10 de julio de 1998, aprobada en las conferencias auspiciadas por el Directorado de Asuntos Judiciales de Consejo de Europa. Se reitera posteriormente en los informes de la Comisión de Venecia (entre otros, informes de 22 de junio de 2007 y 12/13 de marzo de 2010). Se recoge igualmente en los informes del Consejo Consultivo de Jueces Europeos (opinión núm. 10 sobre los “*Consejos de Justicia al Servicio de la Sociedad*” de 23 de noviembre de 2007 y la Carta Magna de los Jueces de 17 de noviembre de 2010). Por último, resulta capital la incorporación de este estándar a la recomendación (2010)12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

Este estándar se incorpora también a las recomendaciones de la Comisión Europea (por todas, Recomendación (UE) 2018/103 de la Comisión, de 20 de diciembre de 2017 por lo que respecta al Estado de Derecho en Polonia complementaria a las Recomendaciones (UE)2016/1374, (UE) 2017/146 y (UE) 2017/1520).

Y el siguiente paso es la transformación de este *soft law* en *hard law*, a lo que se dedicará el epígrafe 4 de este capítulo. Ello no obstante, antes es conveniente examinar si este concreto estándar responde al puro interés corporativo de los no pocos jueces que han tomado parte en su elaboración desde los órganos consultivos del Consejo de Europa o si, por el contrario, existen razones jurídicas que lo justifican.

### 3.3. LA CONCEPCIÓN DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS ESTÁNDARES EUROPEOS

A mi juicio, las razones que justifican este preciso estándar y que haya sido asumido por la jurisprudencia del TJUE y del TEDH no responden ni a la frivolidad ni al esnobismo ni es un triunfo corporativista del colectivo judicial de los países europeos. Las razones jurídicas existen y son sólidas.

En el concierto internacional de las naciones serias, las relaciones sólo se conciben como posibles entre Estados de Derecho, aquellos cuyas relaciones con sus ciudadanos se rigen según el Derecho, y esto sólo es posible si cuentan con un Poder Judicial independiente. Sin Poder Judicial independiente, no puede afirmarse la vigencia del principio de separación de poderes y sin él no existe el Estado de Derecho. En lugar de referirnos a las “relaciones en el concierto de las naciones serias” podemos hablar del fundamento del principio de confianza mutua entre los Estados miembros de la Unión Europea y estaremos aludiendo exactamente a lo mismo<sup>24</sup>.

Los condicionantes que deben concurrir para que la independencia judicial sea efectiva son variados y se pueden sistematizar de diversas formas: condicionantes individuales y colectivos; o internos y externos; o funcionales y orgánicos<sup>25</sup>.

Los condicionantes individuales, internos o funcionales son los que se consideran desde la perspectiva de la garantía de los jueces y atienden a aquellos elementos que deben concurrir en ellos (en cada uno de ellos considerado individualmente) para asegurar que puede actuar en Derecho y sólo en Derecho, sin interferencias externas. De hecho, y en la medida en que estos condicionantes han de concurrir en todos y cada uno de los jueces, se puede afirmar que integran el aspecto nuclear de su “estatuto”, de su norma personal que asegura que, entre otras cuestiones, su ingreso en la función judicial, su promoción, su régimen disciplinario o la inspección de su actividad se produce sin interferencias de los poderes ejecutivo y legislativo.

La vertiente colectiva, externa u orgánica de los condicionantes de la independencia judicial traslada su foco desde el juez al propio poder judicial como conjunto, esto es, a cómo se organiza institucionalmente para asegurar el cumplimiento efectivo de los condicionantes funcionales. En este punto, la clave reside en la idea de separación institucional frente al legislativo y el ejecutivo. La técnica a la que se acogen numerosos Estados miembro de la Unión Europea para asegurar la separación institucional es la de creación de un órgano de gobierno, un Consejo de Justicia (el CGPJ del art. 122 CE), al que se encomienda la gestión de los aspectos relacionados con los condicionantes funcionales que hemos señalado o, dicho de otra forma, se le encomienda ser el garante de la independencia de quienes asumen la función de garantizar la tutela a los ciudadanos.

Ahora bien, para que la separación institucional sea real no basta con que exista un órgano de gobierno del poder judicial diferente del ministerio de justicia, sino que se debe asegurar la desvinculación de ese órgano de gobierno judicial tanto respecto del poder ejecutivo como del legislativo y, además, en términos tales que se genere la confianza en la ciudadanía de que esa desvinculación es real<sup>26</sup>. Si no existe apariencia de desvinculación tampoco existe apariencia de independencia y eso es tanto como negar la propia independencia conforme a los cánones que antes hemos examinado porque, como afirma el TEDH y ahora también el TJUE, en una sociedad democrática las apariencias son importantes<sup>27</sup>. Un órgano de gobierno del poder judicial cuyos miembros han sido total o sustancialmente nombrados por el poder legislativo y/o ejecutivo no es un órgano de gobierno que genere la necesaria apariencia de desvinculación (independencia) respecto de esos poderes y por eso no puede considerarse independiente como tampoco los jueces “gobernados” bajo las premisas de una vinculación aparente. Que los miembros del órgano de gobierno, en una parte sustancial, sean jueces y que no sean nombrados por el legislativo ni el ejecutivo es la fórmula de desvinculación que se ha incorporado a los estándares.

## **I. LA JURISPRUDENCIA ESTABLECIDA POR EL TJUE Y DEL TEDH SOBRE LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL DURANTE EL AÑO 2021**

### **4.1. LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE**

La jurisprudencia del TJUE en relación con las exigencias de independencia del poder judicial durante el año 2021 ha sido monotemática y centrada en el caso de Polonia y la situación generada por las reformas legislativas llevadas a cabo a partir del año 2017.

Las sentencias han tenido oportunidad de evidenciar una situación de grave riesgo de quiebra sistémica de las exigencias del Estado de Derecho en Polonia, en la que influyen multiplicidad de factores. Esa jurisprudencia se cuida de señalar que la conclusión de la existencia de un déficit sistémico no se atribuye a un factor en concreto, sino a su conjunto. Ello no obstante, y como en todo conjunto de defectos, cada uno de ellos por sí mismo tiene su valor, y uno al que el TJUE atribuye especial relevancia es al que privó a los jueces polacos de la posibilidad de elegir a los representantes judiciales en el Consejo Nacional del Poder Judicial de Polonia (CNPJ), de modo que, como consecuencia de las reformas de 2017, de sus veinticinco miembros, veintitrés han pasado a ser elegidos por el poder legislativo (la mayor parte) y el ejecutivo. La relevancia de esa modificación se hace evidente en la lectura de las sentencias.

#### **4.1.1. Sentencia de 2 de marzo de 2021, C-824/18**

En esta sentencia el TJUE resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de lo Contencioso-administrativo de Polonia en relación, entre otros preceptos, con los arts. 2 y 19 TUE y 47 de la Carta.

A los efectos del objeto del examen de la cuestión abordada en este capítulo, interesa destacar los siguientes aspectos de la sentencia.

En la exposición del derecho nacional aplicable, la sentencia identifica el régimen de nombramientos de los jueces en Polonia, que corresponde al Presidente de la República a propuesta del CNPJ que, conforme a la constitución polaca, es el órgano de gobierno del poder judicial de Polonia al que corresponde velar por la independencia de los jueces y tribunales. La sentencia también destaca la composición del CNPJ y la fórmula de nombramiento de sus miembros: de sus veinticinco miembros, veintitrés son nombrados por el poder legislativo y ejecutivo y, en concreto, quince son jueces y todos ellos son nombrados por el parlamento Polaco (Dieta y Senado).

El procedimiento en el que se plantea la cuestión prejudicial se refiere a la impugnación de una propuesta del CNPJ para la provisión de plazas de magistrado en las Salas Civil y Penal del Tribunal Supremo y la conformidad con el Derecho de la Unión Europea del régimen de recursos contra esas propuestas. Entre los elementos que el Tribunal Supremo maneja para justificar sus dudas sobre la compatibilidad del derecho interno y el Derecho de la Unión, se alude de manera específica a la composición y forma de nombramiento de los miembros judiciales del CNPJ.

Como en toda cuestión prejudicial, la función del TJUE no consiste en resolver el pleito principal, sino en proporcionar los elementos interpretativos del Derecho de la Unión Europea que ayuden al tribunal nacional a resolver ese pleito principal. Y en relación con la concreta cuestión planteada por el Tribunal Supremo polaco, entre los elementos interpretativos que proporciona la sentencia del TJUE para que se pueda valorar si la legislación polaca es conforme con el Derecho de la Unión incluye el siguiente:

*“134. En los apartados 143 y 144 de la sentencia A. K. y otros, el Tribunal de Justicia ya identificó de esta manera, entre los elementos pertinentes que debían tenerse en cuenta a los efectos de realizar una apreciación sobre la exigencia de independencia que ha de satisfacer un organismo como el CNPJ...segundo, el hecho de que, mientras que a los quince miembros del CNPJ elegidos de entre los jueces los elegían en el pasado sus homólogos, ahora los elige una de las cámaras del Poder Legislativo polaco...”.*

#### **4.1.2. Sentencia de 15 de julio de 2021, C-791/19**

En esta sentencia el TJUE resuelve un recurso por incumplimiento planteado por la Comisión Europea contra la República de Polonia para que se declaren incumplidas las obligaciones que le incumben con arreglo al art. 19.1 TUE.

A los efectos de nuestro análisis, destacaré los siguientes aspectos de la sentencia.

El recurso planteado por la Comisión cuestiona diversos aspectos del régimen disciplinario de los jueces polacos. Entre los distintos aspectos que se ponen en cuestión, la Comisión apunta a la falta de garantías de independencia e imparcialidad de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo de Polonia, cuyos miembros se nombran a propuesta del CNPJ.

La Comisión considera en su demanda que la conjunción y la aprobación simultánea, en Polonia, de diversas reformas legislativas ha dado lugar a una ruptura estructural que ya no permite preservar la apariencia de independencia e imparcialidad de la Administración de Justicia y la confianza que los órganos jurisdiccionales deben inspirar en una sociedad democrática. Entre esas nuevas normas señala las relativas a la forma de designación de los quince miembros integrantes del CNPJ que tienen la condición de jueces, que dan lugar a que veintitrés de sus veinticinco miembros sean nombrados por las autoridades legislativas o ejecutivas o representan a dichas autoridades, lo que conlleva la politización de este órgano y, por consiguiente, un incremento de la influencia de dichas autoridades en el proceso de nombramiento de los jueces de la Sala Disciplinaria.

*“102. En tal contexto, el grado de independencia de que goza el CNPJ respecto de los poderes legislativo y ejecutivo polacos en el ejercicio de los cometidos que se le atribuyen de este modo puede tener pertinencia cuando se trata de apreciar si los propios jueces que selecciona estarán en condiciones de satisfacer las exigencias de independencia y de imparcialidad que se derivan del Derecho de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias A. K. y otros, apartado 139, y A. B. y otros, apartado 127).*

...

*104. A este respecto, en primer término procede señalar que, tal como ha alegado la Comisión, mientras que a los quince miembros del CNPJ elegidos de entre los jueces en el pasado los elegían sus homólogos, la Ley del CNPJ se ha modificado recientemente, de manera que, tal como se desprende de su artículo 9 bis, estos quince miembros son actualmente designados por una cámara del Parlamento polaco, con el resultado de que veintitrés de los veinticinco miembros que integran el CNPJ, en esta nueva composición, han sido designados por los poderes ejecutivo y legislativo polacos o son miembros de dichos poderes. Pues bien, tales modificaciones pueden dar lugar a un riesgo, hasta entonces inexistente en el marco del procedimiento de elección anteriormente en vigor, de mayor influencia de los poderes legislativo y ejecutivo sobre el CNPJ y de menoscabo de la independencia de este organismo.*

...

*108. Pues bien, procede señalar que los elementos puestos de relieve en los apartados 104 a 107 de la presente sentencia pueden suscitar dudas legítimas en que respecta a la independencia del CNPJ y a su función en un proceso de nombramiento como el que dio lugar al nombramiento de los miembros de la Sala Disciplinaria”.*

Ciertamente, la sentencia aprecia una situación grave de quiebra sistémica de las garantías del Estado de Derecho, y esa quiebra se produce por un conjunto de factores no por la concurrencia de uno solo de ellos, pero uno de ellos, y no menor, es el señalado en su § 104 y lleva al TJUE a declarar que la República de Polonia ha incumplido las obligaciones que le imponen los arts. 2 y 19 TUE.

#### **4.1.3. Sentencia de 6 de octubre de 2021, C-487/19**

Esta sentencia el TJUE resuelve otra cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Polonia (esta vez Sala de lo Civil) en la que vuelven a ponerse en cuestión, entre otros, los arts. 2 y 19 TUE y 47 de la Carta.

En este caso, la controversia deriva de la impugnación ante el CNPJ de una previa decisión del presidente de un Tribunal Regional sobre el traslado de sección de un juez de ese tribunal. La desestimación de la impugnación por el CNPJ dio lugar a que el juez disconforme plantease un recurso ante el Tribunal Supremo, cuyo conocimiento correspondía a la Sala de Control Extraordinario y Asuntos Públicos. Los miembros de la Sala de Control fueron recusados en su totalidad alegando falta de garantías e imparcialidad por la forma en cómo fueron nombrados. La recusación debía ser conocida y resuelta de la Sala de lo Civil, sin embargo, antes de que se dictase la resolución, un juez de la Sala de Control, actuando como órgano unipersonal, sobreseyó el asunto. La cuestión prejudicial se plantea en relación con el auto de sobreseimiento y la eventual decisión sobre su nulidad o bien su inexistencia, alternativa que en el Derecho polaco produce consecuencias diferentes.

El órgano jurisdiccional remitente señala varias razones que afectan a la validez del nombramiento del juez que dictó el auto de sobreseimiento y, entre ellas, la que se refiere al vicio de origen por la ilegitimidad del CNPJ, y ello por *“el hecho de que los quince miembros del actual CNPJ que tienen la condición de juez fueron nombrados por el Sejm (Dieta), y no, como ocurría antes, por sus homólogos”.*

Y la doctrina del TJUE no es diferente a la que resulta de las dos sentencias precedentes:

*“145. En tercer lugar, como se desprende del apartado 49 de la presente sentencia, el órgano jurisdiccional remitente también ha manifestado, en relación con las circunstancias en las que se realizó el nombramiento del juez en cuestión sobre la base de la resolución n.º 331/2018, las dudas que alberga en cuanto a la independencia del CNPJ que propuso el nombramiento del interesado.*

*146 Estas dudas derivan, por un lado, de que el mandato en curso, de una duración de cuatro años establecida en el artículo 187, apartado 3, de la Constitución, de determinados miembros que hasta entonces integraban el CNPJ se había acortado y, por otro lado, de que, como consecuencia de las modificaciones recientemente acometidas en la Ley del CNPJ, los quince miembros del CNPJ que tienen la condición de jueces y que anteriormente eran elegidos por*

*sus homólogos, fueron designados, para el nuevo CNPJ, por una cámara del Parlamento polaco, con la consecuencia de que 23 de los 25 miembros del CNPJ en esta nueva composición fueron designados por los Poderes Ejecutivo y Legislativo polacos o son miembros de estos Poderes.*

...

*150. Pues bien, el Tribunal de Justicia ha declarado recientemente que las dos circunstancias mencionadas por el órgano jurisdiccional remitente a las que se ha hecho referencia en el apartado 146 de la presente sentencia, conjugadas con el hecho de que se inscriben en un contexto en el que se esperaba que pronto habrían de cubrirse numerosas vacantes en el Sąd Najwyższy (Tribunal Supremo), podían suscitar dudas legítimas en que respecta a la independencia del CNPJ y a su función en el proceso de nombramiento conducente a dichos nombramientos para plazas en el Sąd Najwyższy (Tribunal Supremo) [véase, en este sentido, la sentencia de 15 de julio de 2021, Comisión/Polonia (Régimen disciplinario de los jueces), C-791/19, EU:C:2021:596, apartados 104 a 108].”*

## **4.2. LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH**

La jurisprudencia del TEDH durante 2021 también ha sido, como la del TJUE, monotemática en relación con las exigencias del Estado de Derecho y de la independencia del poder judicial, centrada en la anomalía de Polonia. Por otro lado, constituyen el cierre perfecto de las conclusiones que en relación con Polonia ha establecido el TJUE.

### **4.2.1. Sentencia de 22 de julio de 2021, asunto *Reczkowicz***

La sentencia sobre el asunto *Reczkowicz* se enmarca en un proceso conocido por la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo: la Sra. *Reczkowicz*, abogada de profesión, fue sancionada por un colegio de abogados a tres años de suspensión del ejercicio de la profesión. La sanción fue recurrida ante el Tribunal Supremo y el recurso fue desestimado.

La Sra. *Reczkowicz* demandó a la República de Polonia ante el TEDH alegando violación del art. 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH). En concreto, la demandante afirmó que no había podido contar con un juicio justo porque la Sala Disciplinaria ni era un “tribunal establecido por la ley” ni podía considerarse un “tribunal independiente e imparcial”. La razón de las carencias de la Sala Disciplinaria la situaba en que sus miembros habían sido nombrados por el CNPJ (NCJ, según el acrónimo que emplea el TEDH), cuya composición y forma de nombramiento impedía que pudiese ser considerado un órgano independiente.

La sentencia confirma la tesis de la demandante y considera que la República de Polonia efectivamente había incurrido en una violación del art. 6 del CEDH.

La sentencia del TEDH es notablemente extensa. En ella se hace un relato pormenorizado de las modificaciones legislativas producidas en Polonia en relación con el poder judicial; las controversias suscitadas entre el Parlamento, el Gobierno, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo. El relato incluye también una referencia específica a las distintas sentencias dictadas por el TJUE en relación con esas

modificaciones legislativas e igualmente contiene un análisis detallado y exhaustivo del *soft law* elaborado en el seno del Consejo de Europa y de la Comisión y Parlamento Europeos que ha permitido establecer o fijar los estándares que definen las garantías del Estado de Derecho y, en particular, de la independencia judicial.

En relación con el concreto aspecto de la sentencia que interesa para nuestro análisis, los siguientes párrafos expresan con contundencia la doctrina del TEDH y su inmediata relación con la jurisprudencia del TJUE. También evidencian el proceso de transformación del *soft law* en *hard law* a que antes se ha hecho referencia:

*260. En este contexto, el Tribunal reitera que el derecho a un juicio justo previsto en el artículo 6 § 1 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) debe interpretarse a la luz del Preámbulo del Convenio, que, en su parte pertinente, declara que el Estado de Derecho forma parte del patrimonio común de los Estados contratantes. El derecho a “un tribunal establecido por la ley” es un reflejo de este mismo principio del Estado de Derecho y, como tal, desempeña un papel importante en la defensa de la separación de poderes y la independencia y legitimidad del poder judicial, tal como se requiere en una sociedad democrática (véase Guðmundur Andri Ástráðsson (JUR 2020, 348530), citado anteriormente, § 237).*

*También hay que reiterar que, aunque el derecho a un “tribunal establecido por la ley” es un derecho independiente en virtud del artículo 6 § 1 del Convenio, existe una interrelación muy estrecha entre ese derecho específico y las garantías de “independencia” e “imparcialidad”. Si bien los tres elementos tienen propósitos específicos como salvaguardias de un juicio justo, el Tribunal ha discernido un hilo común a través de los requisitos institucionales del artículo 6 § 1, en el sentido de que están guiados por el objetivo de defender los principios fundamentales del Estado de Derecho y la separación de poderes (véase Guðmundur Andri Ástráðsson, citado anteriormente, §§ 232 233).*

...

*269. Por lo que respecta al grado de independencia del NCJ y a la cuestión de si se produjo una injerencia indebida de los poderes legislativo y ejecutivo en el proceso de nombramiento, el Tribunal se remite en primer lugar a los diversos dictámenes –en esencia, unánimes– de la organización y los organismos internacionales que ya se han citado anteriormente, según los cuales los cambios en el procedimiento de elección de los miembros judiciales del NCJ introducidos en virtud de la Ley de modificación de 2017 dieron lugar a que el NCJ dejara de ser independiente o pudiera cumplir su obligación constitucional de salvaguardar la independencia de los tribunales y los jueces (véanse los apartados 240 a 245 supra).*

...

*274. “En vista de lo anterior, el Tribunal considera que, en virtud de la Ley de Modificación de 2017, que privó al poder judicial del derecho a nominar y elegir a los miembros judiciales del NCJ –un derecho que le otorgaba la legislación anterior y que está reconocido por las normas internacionales–, los poderes legislativo y ejecutivo lograron una influencia decisiva en la composición del NCJ (véanse los párrafos 126 a 148 y 155 a 176 supra). La Ley prácticamente eliminó no sólo el sistema representativo anterior, sino también las garantías de independencia del poder judicial en ese sentido. Esto, en efecto, permitió al ejecutivo y al legislativo interferir directa o indirectamente en el procedimiento de nombramiento judicial, una posibilidad de la que estas autoridades se aprovecharon, como lo demuestran, por ejemplo, las circunstancias que rodearon la aprobación de los candidatos judiciales para el NCJ (véanse los párrafos 271-272 supra)”.*



#### **4.2.2. Sentencia de 8 de noviembre de 2021, asunto *Dolinska***

El Sr. Dolinska es un juez polaco. Él y otros jueces polacos recurrieron las decisiones del CNPJ que rechazaron sus solicitudes para ocupar determinadas vacantes. Las resoluciones del CNPJ fueron recurridas ante la Sala de Revisión Extraordinaria y Asuntos Públicos del Tribunal Supremo. Los recursos fueron desestimados y el Sr. Dolinska y sus compañeros demandaron a la República de Polonia ante el TEDH por violación del art. 6.1 del CEDH. Entre los argumentos del recurso, se aludió también a la composición y forma de nombramiento de los miembros del CNPJ que propusieron el nombramiento de los jueces de la Sala de Revisión del Tribunal Supremo.

La sentencia del TEDH declara que ha existido violación del art. 6.1 del CEDH y, como cabía esperar, lo hace reiterando su doctrina.

El TEDH, después de detallar en sus §§ 272 a 280 los requisitos que deben darse para satisfacer el concepto de “tribunal establecido por la ley” a que se refiere el art. 6 del CEDH por referencia a la sentencia dictada en el asunto *Guðmundur Andri Ástráðsson*<sup>28</sup>, apela nuevamente al *soft law* como un sustento relevante de sus conclusiones (§§ 296 a 303 de la sentencia) y a la jurisprudencia del TJUE (§§ 304 a 307 de la sentencia), para concluir con la reproducción literal de los pasajes de la sentencia que hemos citado en el anterior apartado, esta vez en los §§ 342, 343 y 348 de la sentencia.

#### **4.2.3. Sentencia de 3 de febrero de 2022, asunto *Advance Pharma***

La sentencia del asunto *Advance Pharma* se ha dictado ya el 2022, pero supone la confirmación de la jurisprudencia del año precedente. Adicionalmente a ello, concurre una circunstancia que entiendo que dota de especial relevancia la conclusión del tribunal: a diferencia de los otros dos supuestos analizados, la Sala del Tribunal Supremo a la que se refiere la queja no es una Sala creada por la modificación de la legislación polaca en 2017, sino que es lo que podríamos llamar una “sala originaria” del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil).

En cuanto al caso, *Advance Pharma* es una empresa que distribuyó un determinado producto que el organismo público correspondiente calificó de medicamento y prohibió su comercialización por no contar con la autorización correspondiente. La empresa recurrió la actuación del organismo público y acabó obteniendo una sentencia favorable, que fue seguida de la demanda contra el organismo público para la indemnización de los perjuicios derivados de la actuación impugnada. La demanda fue desestimada en primera instancia y también lo fue el posterior recurso de apelación. Recurrida la sentencia de apelación en casación ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, el recurso fue igualmente desestimado.

*Advance Pharma* recurrió la sentencia ante el TEDH alegando infracción del art. 6.1 del CEDH ya que el recurso de casación no había sido conocido por un “tribunal establecido por la ley” toda vez que sus miembros habían sido nombrados por un CNPJ cuya composición consideraba viciada por no respetar la exigencia de independencia de sus miembros.

La sentencia, en la que el TEDH desarrolla su argumentación en términos similares a

como lo hizo en los asuntos *Reczkowicz* y *Dolinska*, lo que le lleva a justificar en sus §§ 339, 344 y 345 que el CNPJ, en los términos en cómo se conforma, no reúne las debidas garantías de independencia respecto del poder legislativo y ejecutivo que le permitan realizar nombramientos de jueces que puedan, a su vez, ser tenidos por independientes. Así lo concluye en su § 349, en el que bajo el título “Conclusión general”, afirma:

*“349. El Tribunal ha establecido que, en dos aspectos, hubo una infracción manifiesta del derecho interno que afectó negativamente a las normas fundamentales de procedimiento para el nombramiento de los jueces de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. En primer lugar, el nombramiento se realizó por recomendación del CNJ, tal y como se estableció en la Ley de Modificación de 2017, un órgano que ya no ofrecía suficientes garantías de independencia frente a los poderes legislativo o ejecutivo...”*

*Estas irregularidades en el proceso de nombramiento comprometieron la legitimidad de la formación de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que examinó el caso de la empresa demandante, en la medida en que, siguiendo un procedimiento intrínsecamente deficiente para los nombramientos judiciales, carecía de los atributos de un ‘tribunal’ que es ‘legítimo’ a los efectos del artículo 6 § 1. Por lo tanto, la esencia misma del derecho en cuestión se ha visto afectada”.*

## **5. LAS REPERCUSIONES DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE Y DEL TEDH EN EL ÁMBITO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL**

El último aspecto que corresponde examinar es el relativo a las consecuencias o al alcance que cabe atribuir a esta jurisprudencia en relación con el concreto estándar sobre el que se ha fijado la atención en este capítulo.

Según mi parecer, las opiniones al respecto deben expresarse de manera matizada, pero las conclusiones deben ser rotundas.

Las opiniones deben expresarse de manera matizada porque esta jurisprudencia se ha establecido en un contexto muy concreto de riesgo de quiebra sistémica del principio de Estado de Derecho en un país también concreto, cuya situación no es ni equiparable ni extensible, sin más, a otros países. La violación de este estándar en el país al que se refiere la jurisprudencia se liga a otros estándares igualmente violados y es el conjunto lo que determina el riesgo de quiebra sistémica.

Dicho lo anterior, sin embargo, las conclusiones deben ser rotundas. Primero, porque no es posible desconocer que este estándar es un aspecto del que la jurisprudencia de TJUE y del TEDH ha señalado, de manera muy principal, que su defecto debe observarse como una carencia grave de las exigencias del principio de Estado de Derecho. Es posible que no cumplir con ese estándar no determine, por sí solo, un riesgo sistémico de quiebra del principio de Estado de Derecho, pero no por eso no cumplirlo dejará de suponer que se introduce un factor que justifica la falta de confianza de la ciudadanía en el poder judicial y hasta de falta de fundamento del principio de confianza mutua entre los Estados. En definitiva, no cumplirlo se asociará necesariamente a una democracia de peor calidad.

En segundo lugar porque, como he señalado en un inicio, ningún país puede considerarse inmunizado frente a según qué derivas: leyes que afectan al estatuto de los

jueces y de su órgano de gobierno que se tramitan de tal manera que se elude su opinión (informes) de manera sistemática; proyectos de ley que pretenden que la vinculación con los poderes ejecutivo y legislativo sea aún más rotunda reduciendo las mayorías necesarias para nombrar a los miembros del CGPJ; leyes que impiden que el CGPJ desempeñe las funciones que de manera exclusiva y excluyente le atribuye la Constitución; o las acusaciones o menosprecios constantes dirigidos a los jueces desde el poder legislativo y ejecutivo, sin otra intención que la de desacreditarlos ante la opinión pública para lesionar su confianza (acusaciones de *lawfare*, imputaciones de delitos, videos que compara a su órgano de gobierno con frutas podridas, insultos...), son circunstancias que ponen al límite de una situación de riesgo que aconseja ser cuidadosos con todos los “detalles” (estándares).

Y en tercer lugar, y sobre todo, porque el cumplimiento del estándar es una obligación jurídicamente exigible que impone, incluso, una lectura constitucional diferente. Muy probablemente sea así en muchos países y, con total seguridad, en España, donde ya no es posible hacer la interpretación de la Constitución que se hizo en 1985, cuando se aprobó la Ley Orgánica del Poder Judicial y se derogó la Ley Orgánica del Consejo General del Poder Judicial para que los vocales del CGPJ fuesen nombrados en su totalidad por el poder legislativo.

Esa obligación no sólo es exigible porque una vez que el TJUE ha interpretado los arts. 2 y 19.1 TUE y 47 de la Carta y les ha dado contenido a partir de unos estándares, el respeto a esos preceptos se produce a través del respeto a los estándares. No es sólo porque el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea obligue a respetar el TUE y la Carta en los términos en cómo los interpreta el TJUE. Tampoco porque para no violar el art. 93 CE (ese que dice que el legislativo y el ejecutivo están obligados a adoptar las medidas necesarias para cumplir con los tratados como el de la Unión Europea) es obligado incorporar el estándar a nuestra legislación. En realidad, es que esa jurisprudencia obliga a interpretar los arts. 1, 24 y 117 CE de una manera diferente, precisamente de la misma forma en como el TJUE ha interpretado los arts. 2 y 19.1 TUE y 47 de la Carta (y el TEDH el art. 6 de la Carta).

El motivo para hacer esta última afirmación entiendo que es evidente y está íntimamente conectado con la argumentación seguida por el TJUE para el cambio de enfoque que hemos expuesto en un epígrafe anterior. La independencia judicial presenta un doble frente: por un lado, es una exigencia del principio de separación de poderes (que en nuestra Constitución cabe ver en su art. 117) y condición necesaria del principio de Estado de Derecho que constituye el fundamento de la propia Constitución (art. 1 CE). Pero, por otro lado, es también un derecho fundamental de los ciudadanos, parte esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Y a ello añádase una reflexión que considero muy elemental: en nuestro ordenamiento, el concepto de independencia judicial sólo puede ser uno y el mismo ya se utilice para dar contenido al derecho a la tutela judicial efectiva o ya se refiera al principio de separación de poderes o al de Estado de Derecho.

Dicho esto, las exigencias de la independencia judicial del art. 24 CE no pueden ser diferentes de las que el TJUE y el TEDH han establecido para el art. 47 de la Carta y 6.1 del CEDH, sencillamente porque el art. 10.2 CE impone que la interpretación sea

concorde. Y una vez que la independencia judicial se ha definido como derecho fundamental a partir de unos estándares determinados (art. 24 CE), esos mismos estándares son los aplicables desde la perspectiva institucional de la división de poderes (art. 117 CE) para satisfacer las exigencias del principio de Estado de Derecho (art. 1 CE). En definitiva, de la misma manera que el TJUE ha llegado al art. 19.1 TUE a través del art. 47 de la Carta para dotar de contenido al principio de Estado de Derecho del art. 2 TUE, su jurisprudencia (y la del TEDH) obliga a llegar al art. 117 CE a través del art. 24 CE para dotar de contenido al principio de Estado de Derecho del art. 1 CE.

## **1. CONCLUSIONES**

A partir del análisis de la jurisprudencia del TJUE y del TEDH que se llevado a cabo en este capítulo, cabe establecer las siguientes siete conclusiones:

Primera, el TJUE y el TEDH han reaccionado jurídicamente ante los fenómenos de *backsliding* que se están produciendo en el este de Europa que, entre otros aspectos, se manifiestan en reformas legislativas dirigidas a la “ocupación del poder judicial”.

Segunda, esa reacción jurídica ha exigido un cambio de enfoque por parte del TJUE para superar las limitaciones que podrían resultar del art. 51 de la Carta. La interpretación de los arts. 47 de la Carta y 2 y, fundamentalmente, 19.1 del TUE ha llevado al TJUE a concluir que, en la medida en que todo juez de los Estados miembros puede llegar a aplicar Derecho de la Unión Europea, esa circunstancia le permite examinar si la normativa rectora del poder judicial de los Estados es conforme con el principio de Estado de Derecho con independencia de que esa normativa se proyecte sobre un “ámbito (concreto) cubierto por el Derecho de la Unión”.

Tercera, la jurisprudencia del TJUE ha dotado de contenido concreto a la independencia judicial como condición necesaria para la vigencia del Estado de Derecho a partir de los estándares previamente establecidos en instrumentos de carácter no vinculante aprobados por órganos consultivos del Consejo de Europa y por las instituciones de la Unión Europea. La incorporación del *soft law* a la jurisprudencia del TJUE ha supuesto la transformación de ese *soft law* en *hard law* o Derecho vinculante. El TEDH ha completado la tarea del TJUE trasladando al art. 6.1 del CEDH la misma interpretación que éste último ha hecho del art. 47 de la Carta.

Cuarta, entre los estándares elevados de categoría jurídica por la jurisprudencia del TJUE se incluye, con carácter principal, el que exige que los Consejos de Justicia se compongan, en una proporción sustancial, por miembros del poder judicial elegidos por sus pares. La justificación de este estándar conecta de manera inmediata con la confianza que el poder judicial debe generar en la ciudadanía en cuanto que su labor se desarrolla al margen de toda influencia política. Un Consejo de Justicia que genere la apariencia de vinculación política por la forma en cómo son nombrados sus miembros, traslada esa misma apariencia a los jueces que nombra y lleva a la inevitable conclusión de que no es independiente quien no lo parece.

Quinta, la omisión de un concreto estándar no determina, por sí mismo, que se incurra en una situación de riesgo de quiebra sistémica del principio de Estado de Derecho. Ello

no obstante, y sobre todo cuando la carencia se refiere a un estándar identificado por su importancia, el incumplimiento es síntoma de mala calidad democrática. Situaciones como las generadas en España en los últimos dos años alertan sobre la necesidad de que los estándares de independencia judicial sean respetados con el mayor nivel de exigencia posible.

Sexta, la incorporación del estándar analizado al ordenamiento jurídico interno es una obligación derivada del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea y una exigencia del art. 93 CE.

Séptima, la jurisprudencia del TJUE y del TEDH impone una revisión de la interpretación de determinados preceptos constitucionales: los arts. 1, 24 y 117 CE deben reinterpretarse en los mismos términos que el TJUE ha interpretados los arts. 2 y 19.1 del TUE y 47 de la Carta, lo que redundará en la obligatoriedad de incorporación de los estándares europeos sobre independencia judicial para dar cumplimiento a la exigencia constitucional (y no sólo del Derecho de la Unión Europea) de respeto al principio de Estado de Derecho.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- BANACLOCHE, J. “Castigar al CGPJ a costa de la Justicia”, *El Mundo*, 2 de octubre de 2021.
- BERMEO, N., “On Democrátic Backsliding”, *Journal of Democracy*, núm. 27, 2016.
- BUSTOS, R. “La influencia de los textos no vinculantes del Consejo de Europa sobre independencia judicial en el TEDH y la UE”, *Teoría y realidad constitucional* (UNED), núm. 47, 2021.
- FAGGIANI, V., “La ‘rule of backsliding’ como categoría interpretativa del declive del constitucionalismo en la UE”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 71, 2019
- HAGGARD, S. y KAUFMAN, R., *Backsliding*, Cambridge University Press, 2021.
- KRZYWOŃ, A., “La defensa y el desarrollo del principio de independencia judicial en la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 119, 2020.
- MACÍAS, J. M., “Una mirada actualizada a la independencia judicial: condicionantes funcionales y orgánicos”, *La Clave Judicial*, 2020.
- MAZZOLENI, O. y VOERMAN, G., “In the Name of Sovereignty. Right-Wing Populism and the Power of the Judiciary y Western Europe”, *Partecipazione e CONflicto*, 13(3), 2020.
- RECUERDA, M. A., “Por qué los jueces españoles han tenido que llamar a la Unión Europea”, *La Vanguardia*, 12 de abril de 2021.
- SZENTE, Z., “Challenging the Basis Values. Problems in the Rule of Law in Hungary and the Failure of the Eu to Tackle Them”, en JAKAB, A. y KOCHENOV (eds.) *The enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States’ Compliance*, Oxford

University Press, 2017.

TÓTH, G. A., "Illiberal Rule of Law? Changing Features of Hungarian Constitutionalism", en ADAMS, M., MEUWESE, A. y HIRSCH BALLIN, E. (eds.), *Constitutionalism and the Rule of Law, Bridging Idealism and Realism*, Cambridge University Press, 2017.

---

(1) El contenido de este trabajo refleja exclusivamente el parecer de su autor y no constituye opinión profesional ni asesoramiento jurídico alguno.

(2) STJUE de 27 de febrero de 2018, C-64/16 (JUR 2018, 58193).

(3) STJUE de 2 de marzo de 2021, C-824/18 (TJCE 2021, 45).

(4) STJUE de 15 de julio de 2021, C-791/19 (JUR 2022, 47356).

(5) STJUE de 6 de octubre de 2021, C-487/19 (TJCE 2021, 249).

(6) STEDH de 22 de julio de 2021, *asunto Reczkowicz* (TEDH 2021, 99).

(7) STEDH de 8 de noviembre de 2021, *asunto Dolinska* (JUR 2021, 348389)

(8) STEDH, de 3 de febrero de 2021, *asunto Advance Pharma* (JUR 2022, 61263)

(9) Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente, firmado por el Reino de España el 24 de noviembre de 1977 y ratificado el 26 de septiembre de 1979 ('BOE' núm. 243, de 10 de octubre de 1979).

(10) Art. 51 de la Carta: "1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, estos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias.

2. La presente Carta no crea ninguna competencia ni ninguna misión nuevas para la Comunidad ni para la Unión y no modifica las competencias y misiones definidas por los Tratados".

(11) Sentencia de la England and Wales High Court (King's Bench Division) de 9 de noviembre de 1923, *Rex v. Sussex Justice (1924) 1 KB 256*.

(12) STEDH de 28 de octubre de 1998, *asunto Castillo de Algar* (TEDH 1998, 51), de 28 de abril de 2009, *asunto Savino* (TEDH 2009, 46) o 9 de febrero de 2012, *asunto Kinský* (TEDH 2012, 48897).

(13) STJUE de 2 de marzo de 2021, C-824/18 (TJCE 2021, 45).

(14) Con carácter general sobre el *backsliding*, puede verse KRZYWOŃ, A., "La defensa y el desarrollo del principio de independencia judicial en la Unión Europea", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 119, 2020; HAGGARD, S. y KAUFMAN, R., *Backsliding*, Cambridge University Press, 2021; FAGGIANI, V., "La 'rule of backsliding' como categoría interpretativa del declive del constitucionalismo en la UE", *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 71, 2019; BERMEO, N., "On Democratic Backsliding", *Journal of Democracy*, núm. 27, 2016; MAZZOLENI, O. y VOERMAN, G., "In the Name of Sovereignty. Right-Wing Populism and the Power of the Judiciary in Western Europe", *Partecipazione e Conflicto*, 13(3), 2020; SZENTE, Z., "Challenging the Basis Values. Problems in the Rule of Law in Hungary and the Failure of the Eu to Tackle Them", en JAKAB, A. y KOCHENOV (eds.) *The enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*, Oxford University Press, 2017; TÓTH, G. A., "Illiberal Rule of Law? Changing Features of Hungarian Constitutionalism", en ADAMS, M., MEUWESE, A. y HIRSCH BALLIN, E. (eds.), *Constitutionalism and the Rule of Law, Bridging Idealism and Realism*, Cambridge University Press, 2017.

(15) KRZYWOŃ, A., *opus cit.*, pág. 89.

(16) RECUERDA, M. A., "Por qué los jueces españoles han tenido que llamar a la Unión Europea", *La Vanguardia*, 12 de abril de 2021; BANACLOCHE, J. "Castigar al CGPJ a costa de la Justicia", *El Mundo*, 2 de

octubre de 2021.

(17) BERMEO, N., *opus cit.*, págs. 5 y ss.

(18) STJUE de 27 de febrero de 2018, C-64/16 (JUR 2018, 58193) y 25 de julio de 2018, C-216/18 (TJCE 2018, 192).

(19) STJUE de 24 de junio de 2019, C-619/18 (TJCE 2019, 115), 5 de noviembre de 2019, C-192/18 (TJCE 2019, 253) y 19 de noviembre de 2019, C-585/18 (TJCE 2019, 255).

(20) STEDH de 1 de diciembre de 2020, asunto Guðmundur Andri Ástráðsson (JUR 2020, 348530).

(21) STJUE de 27 de febrero de 2018, C-64/16 (JUR 2018, 58193).

(22) BUSTOS, R. "La influencia de los textos no vinculantes del Consejo de Europa sobre independencia judicial en el TEDH y la UE", *Teoría y realidad constitucional* (UNED), núm. 47, 2021, pág. 183.

(23) Una exposición y análisis completos de los estándares europeos en materia de independencia judicial puede verse en BUSTOS, R., *opus cit.*, págs. 161 a 198.

(24) STJUE de 27 de febrero de 2018, C-64/16 (JUR 2018, 58193): "30. *Según el artículo 2TUE, la Unión se fundamenta en valores, tales como el Estado de Derecho, que son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada, entre otras cosas, por la justicia. A este respecto, cabe observar que la confianza mutua entre los Estados miembros -y, en particular, entre sus juzgados y tribunales respectivos- se basa en la premisa fundamental de que los Estados miembros comparten una serie de valores comunes en los que se fundamenta la Unión, como se precisa en el propio artículo 2TUE*".

(25) MACÍAS, J. M., "Una mirada actualizada a la independencia judicial: condicionantes funcionales y orgánicos", *La Clave Judicial*, 2020. Accesible en <https://laclavejudicial.org/2020/12/06/una-mirada-actualizada-a-la-independencia-judicial-condicionamientos-funcionales-y-organicos/>.

(26) "Sin embargo, solamente es así cuando dicho organismo disfruta él mismo de una independencia suficiente respecto de los poderes Legislativo y Ejecutivo y de la autoridad a la que debe remitir tal propuesta de nombramiento" (STJUE de 19 de noviembre de 2019, C-585/18, TJCE 2019, 255).

(27) STEDH de 28 de octubre de 1998, *asunto Castillo de Algar* (TEDH 1998, 51), de 28 de abril de 2009, *asunto Savino* (TEDH 2009, 46) o 9 de febrero de 2012, asunto Kinský (TEDH 2012, 48897) y STJUE de 2 de marzo de 2021, C-824/18 (TJCE 2021, 45).

(28) STEDH de 1 de diciembre de 2020, asunto Guðmundur Andri Ástráðsson (JUR 2020, 348530).

No copyright found.