

El condicionamiento institucional de la independencia del juez

ANDRÉS OLLERO TASSARA

Magistrado Emérito del Tribunal Constitucional español

Es obvio que la independencia del juez en su decisiva labor dependerá, ante todo, de su propia honestidad personal y de su sólida formación profesional, incluida su dimensión ética. No lo es menos, sin embargo, que en ámbito público las cosas no siempre son como son, sino que con frecuencia se aprecian como parecen ser. Esto da paso a la necesidad de una independencia *objetiva*, que tan sufrido sujeto –con frecuencia– difícilmente podrá controlar.

El marco institucional en que su tarea se desenvuelve va a condicionarle intensamente. Después de nueve años en el Tribunal Constitucional como magistrado, he tenido hace unos días que afirmar –en un programa de televisión– que respeto profundamente la presunción de inocencia de todo ciudadano, viéndome obligado a añadir –dado el contexto del coloquio– “incluidos los magistrados del Tribunal Constitucional”.

Durante los años aludidos, me he visto –como todos mis compañeros– obligado a soportar la pública convicción

que plasmé en la contraportada de un reciente libro¹: “El autor es consciente de que más de un ciudadano está convencido de que los magistrados del Tribunal Constitucional reciben instrucciones de los partidos que los propusieron, sobre en qué sentido resolver las cuestiones sometidas a su deliberación y votación. De ahí su interés introductorio (refrendado por el cuadro final) en resaltar que en 33 ocasiones ha formulado votos disidentes respecto a sentencias consideradas conservadoras y en 36 respecto a otras con mayoritarios votos presuntamente progresistas”.

Esta imperiosa necesidad de autorrealizarme una auditoría del desempeño de tales responsabilidades deriva del sistema previsto por la Constitución para el nombramiento de los magistrados de dicho Tribunal. No tanto por lo que establece, sino por las posibles consecuencias –fácilmente previsibles– que no ha llegado a contemplar.

¹ VOTOS PARTICULARES, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

Su artículo 159 va desgranando una serie de aspectos, en los que es fácil detectar atisbos de imprevisión –o de mera ingenuidad– susceptibles de provocar sospechas sobre una dudosa independencia objetiva.

Su primer epígrafe señala que, de sus doce miembros, serán nombrados por el Rey “cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría”. En vez de prever nombramientos individualizados –quizá por un excesivo afán de hacer funcionar al Tribunal cuanto antes– se opta por hacerlo a pares, con un implícito trasfondo de bipartidismo de proponentes. Si a eso se añade que no se plantea –no sería de fácil regulación– la necesidad de un consenso auténtico, materializado en la prohibición de pactos que excluyan vetos mutuos, el reparto entre los partidos capaces de sumar los obligados tres quintos de una u otra cámara es inevitable.

Se contempla a la vez que, cada nueve años, se nombren “dos a propuesta del

Gobierno”, a los que quienes ocupen el Ejecutivo podrán designar sin consenso alguno, provocando fácilmente una ruptura del relativo equilibrio logrado por el reforzado *quorum* parlamentario, como viene quedando frecuentemente demostrado.

Los dos magistrados restantes serán nombrados “a propuesta del Consejo General del Poder Judicial”; deudores, por tanto, del equilibrio institucional de tal órgano, del que habré de ocuparme más abajo.

El segundo epígrafe indica que los “miembros del Tribunal Constitucional deberán ser nombrados entre Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional”. En profesiones funcionariales jerarquizadas, se ha prestado a críticas la aparente identificación entre la reconocida competencia y los quince años de mero ejercicio. Como consecuencia, no de extrañar el posible nombramiento de magistrados de procedencia judicial que no han llegado aún, en dicho plazo, a la cúspide de la carrera.

El tercer epígrafe es, sin duda, el más susceptible de crítica: “Los miembros del

Tribunal Constitucional serán designados por un período de nueve años y se renovarán por terceras partes cada tres”. Al no contemplarse cómo se resuelve un posible incumplimiento de las cámaras de su deber —que no privilegio— de propuesta, que sí se ha abordado en otros Estados europeos, como Alemania o Portugal, el incumplimiento de este precepto ha sido continuo.

Por si fuera poco, se ha intentado solventar por vía legislativa con una norma claramente inconstitucional, que ha provocado que magistrados del Tribunal hayan sido expulsados hasta tres años antes de agotar el plazo para el que fueron propuestos; al establecerse que el tiempo de retraso generado por grupos parlamentarios de la cámara en cuestión se les considere como ya ejercido. Todo ello a pesar de que el epígrafe quinto establece que los magistrados “serán independientes e inamovibles en el ejercicio de su mandato”. Este vergonzoso trato no se ha aplicado legislativamente a ningún otro órgano constitucional; ni al Consejo General del Poder Judicial ni el Tribunal de Cuentas.

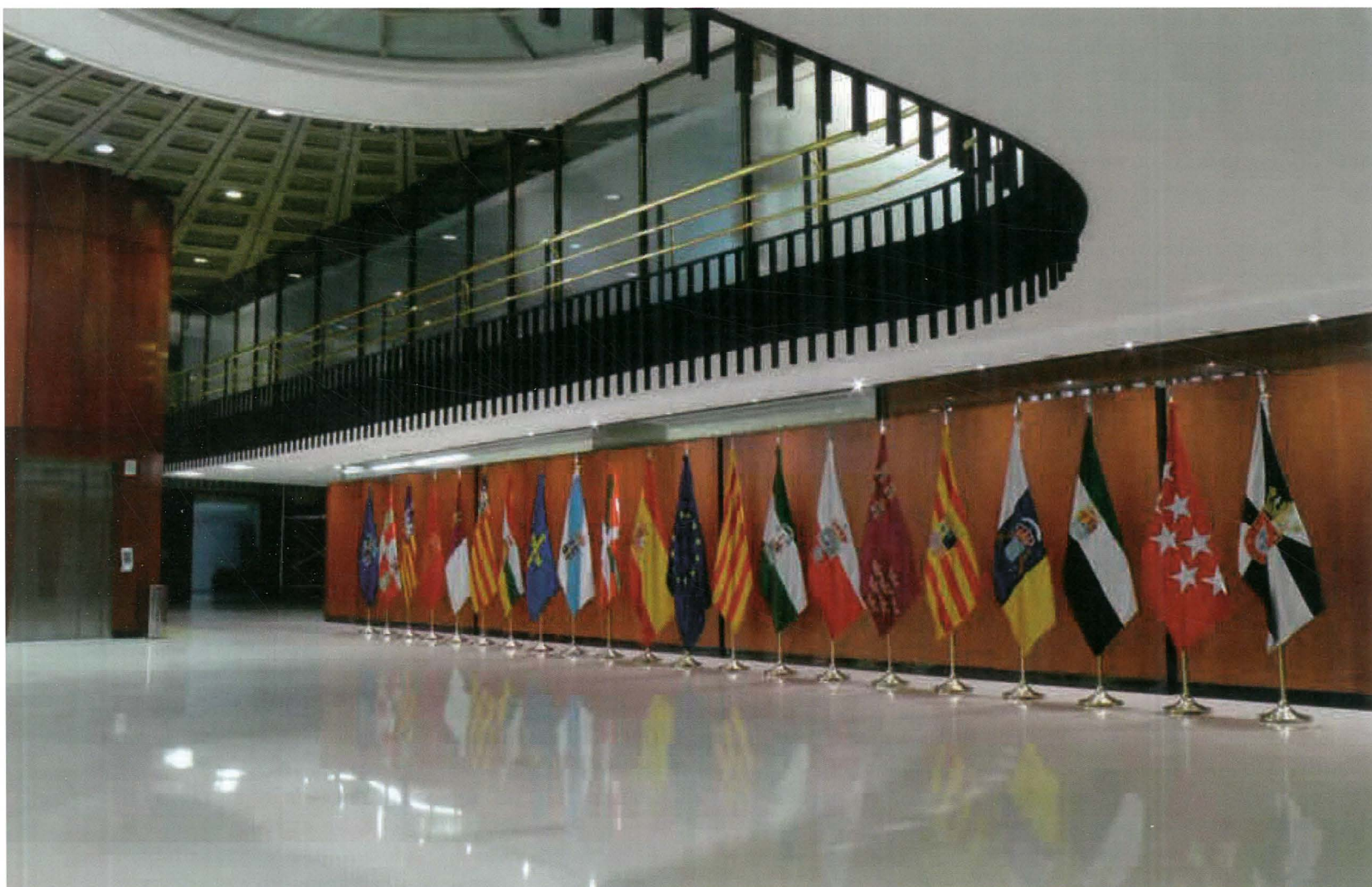
Influye, sin duda, en esta situación que los magistrados afectados no se han prestado a recurrir *pro domo sua* ante tan absurda coyuntura. Quizá quienes están

en condiciones de derogar esta reforma legal tan abiertamente inconstitucional consideren que, al afectar a solo cuatro ciudadanos, no tendrá particular incidencia electoral; lo que demuestra, a la vez, su escaso respeto a la Constitución. Tal circunstancia puede explicar también que, pese a que el artículo 67.2 CE establece que “Los miembros de las Cortes Generales no estarán ligados por mandato imperativo”, si se les sugiere que puedan en graves circunstancias abandonar la disciplina de voto, se interprete como una invitación al transfuguismo, o incluso se tache de “inmoralidad” (García Page *dixit*) tomarse en serio tal previsión constitucional. Es de temer que, en tan lamentable contexto, la partitocracia acabe engullendo a la democracia.

El cuarto epígrafe considera que ser magistrado “es incompatible: con todo mandato representativo; con los cargos políticos o administrativos; con el desempeño de funciones directas en un partido político o en un sindicato y con el empleo al servicio de los mismos; con el ejercicio de las carreras judicial o fiscal, y con cualquier actividad profesional o mercantil”. No genera, por tanto, incompatibilidad la mera afiliación a un partido o el haber ocupado cargos representativos o políticos.



Consejo General del Poder Judicial.



Tribunal Constitucional.

Ha sido, no obstante, objeto de crítica el acceso inmediato al Tribunal —a través de las llamadas “puertas giratorias”— de magistrados directamente procedentes de cargos en el Ejecutivo o incluso desde una de las cámaras, como ocurrió en su día en el Senado. Las suspicacias han llegado a afectar a algún magistrado sin afiliación política en vigor, que accedió desde la universidad nueve años después de haber sido miembro del Congreso de los Diputados.

Una —en estos momentos, impensable— reforma constitucional, invitaría a sustituir el sistema actual por otro de nombramientos uninominales, que exigirían consenso —como se viene experimentando al sustituir al Defensor del Pueblo—, sin descartar incluso el modelo norteamericano de carácter vitalicio, existente entre nosotros en la Permanente del Consejo de Estado.

Todo lo expuesto explica la presunción de dependencia objetiva que se acaba atribuyendo a sus magistrados. La situa-

ción del Consejo General del Poder Judicial, no solo no mejora el cuadro, sino que raya en lo esperpéntico. En este caso el retraso —que motivó la dimisión de su presidente— ha duplicado ya el mandato de sus miembros; lo que anularía el de sus sucesores, si se los considerase —como a los del Constitucional— también en ejercicio durante tan grandiosa espera.

El artículo 122.3 CE establece, por su parte, que “El Consejo General del Poder Judicial estará integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por veinte miembros nombrados por el Rey, por un período de cinco años. De éstos doce entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales, en los términos que establezca la ley orgánica; cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio de su profesión”.

En este caso, se excluye expresamente que los miembros de extracción judicial hayan de haber alcanzado la cúspide profesional. El problema surge del pasaje “entre Jueces y Magistrados”. Se entendió unánimemente que serían elegidos *por* los jueces. Así ocurrió al nombrarse a los miembros del primer Consejo. El gobierno socialista, que había llegado al poder en 1982, envía tres años después al Congreso un proyecto de ley en dichos términos, determinando incluso el formato de las papeletas. Sin embargo, en el transcurso de la deliberación en el Congreso opta por hacer propia una enmienda de un grupo minoritario y decide que todos los miembros se elijan por ambas cámaras. El motivo es fácil de entender en clave política: tras haber defendido, desde unos tres lustros antes, un autogobierno de los jueces —como tuve ocasión de resaltar en aquellos años²— bajan de las

² En *Poder Judicial y transición democrática en España* “Sociología y Psicología Jurídicas” (Colegio Abogados Barcelona), 1982 (9) pp. 7-42; inclui-

musas al teatro y constatan que los jueces que consideraban progresistas estaban en minoría. Deciden pues sobrerrepresentarlos con la ayuda de su coyuntural mayoría parlamentaria.

La exigencia de los tres quintos y la desidia del PP, que con mayoría absoluta renunció a plantear la vuelta al planteamiento de la transición, como hoy se reclama desde instancias europeas, explica el lamentable bloqueo actual, agravado deliberadamente por leyes que impiden cubrir vacantes por el Consejo, tras haber visto prolongadas sus funciones.

El Tribunal Constitucional fue claro —cuando se vio obligado a ocuparse del problema— al fundamentar su postura, resaltando el peligro de politización generado por la nueva fórmula y optan-

do por la elección por los jueces. Sin embargo, con un formalismo enervante, apeló en el fallo al principio de conservación de la norma, a la espera de que la previsible politización se constatará; lo que no ha tardado en ocurrir con tozuda persistencia.

La política de la sospecha ha afectado así al Poder Judicial en su conjunto, al depender toda promoción en la carrera judicial de los nombramientos de un órgano cuya neutralidad está continuamente puesta en duda. Su repercusión sobre el Tribunal Constitucional es hasta el momento nula; no tanto porque los nombramientos sean consensuados como porque reflejan el trasfondo bipartidista al que ya hemos aludido.

Desde el punto vista institucional, afecta más directamente al común de los jueces las suspicacias suscitadas por el paso de algunos de ellos a desempeñar altos cargos del Ejecutivo, reintegrándose luego a la plaza de procedencia, o

incluso ascendiendo —en el ínterin— a otras más cotizadas. El intento de obligarles a una moratoria de regreso sonó en su día más a privilegio que a solución. No se ha llegado a plantear que —como se aplicó a las fuerzas armadas— el paso a la política lleve consigo el abandono de la carrera judicial. Esto ha originado episodios de “jueces estrella” —incluso “puerta giratoria” incluida— que no han contribuido a mejorar la situación.

Los jueces siguen siendo, a todos los niveles, dueños de su honestidad y comportamiento ético, dado que nadie les obliga a otra dependencia que la que pueda derivar del problemático logro de sus legítimas expectativas profesionales. La independencia objetiva es otro cantar, dado que a los grupos de comunicación les resulta más cómodo repartir gratuitamente escarapelas de conservadurismo o progreso, que analizar con seriedad las sentencias de los aludidos. No es poco condicionamiento... ♦

do más tarde en *La Justicia en el escaparate*, Madrid-Valencia, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas-Tirant lo Blanch, 2022, pp. 17-79.



Senado.

LA CONSTITUCIÓN DE 1978 CUMPLE 45 AÑOS



MANUEL ARAGÓN REYES
LUIS ARROYO ZAPATERO
JOSÉ MANUEL BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT
ROBERTO L. BLANCO VALDÉS
LUCAS BLANQUE REY
GREGORIO CÁMARA VILLAR
ANA CARMONA CONTRERAS
MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE
PEDRO CRUZ VILLALÓN
FRANCESC DE CARRERAS
JORGE DE ESTEBAN
LUIS MARÍA DÍEZ-PICAZO
TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ
RAFAEL FERNÁNDEZ VALVERDE
JAVIER GARCÍA FERNÁNDEZ
EUGENI GAY MONTALVO
JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS
LUIS LÓPEZ GUERRA
PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA
ARACELI MANGAS MARTÍN
LUIS MARTÍN REBOLLO
SANTIAGO MUÑOZ MACHADO
WENCESLAO FRANCISCO OLEA GODOY
ANDRÉS OLLERO TASSARA
LUCIANO PAREJO ALFONSO
BENIGNO PENDÁS
TOMÁS QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ
DEL CASTILLO
RICARDO RIVERO ORTEGA
ENCARNACIÓN ROCA TRÍAS
LUÍS RODRÍGUEZ RAMOS
BEATRIZ RODRÍGUEZ VILLAR
JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ ZAPATERO
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER
MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN
JUAN JOSÉ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA
JAVIER TAJADURA TEJADA
JUAN ANTONIO XIOL RÍOS