

**POLITIZACIÓN DE LA JUSTICIA,
JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA:
ESTADO DE LA CUESTIÓN
EN ESPAÑA**

JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA

SUMARIO

1. EL IDEAL DE LA SEPARACIÓN DE PODERES EN EL ESTADO LIBERAL DE DERECHO, EN PARTICULAR EL DE INSPIRACIÓN FRANCESA.
2. DEL ESTADO LIBERAL DE DERECHO AL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO: EL PAPEL DE LA JUSTICIA EN UN NUEVO ESCENARIO.
3. JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.
4. POLITIZACIÓN DE LA JUSTICIA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.
5. EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL EN PROCESO DE DEGRADACIÓN INSTITUCIONAL.
6. EL PACTO DE RENOVACIÓN DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: ¿CAMBIO DE RUMBO O MÁS DE LO MISMO?
7. UNA REFLEXIÓN FINAL.

POLITIZACIÓN DE LA JUSTICIA, JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA: ESTADO DE LA CUESTIÓN EN ESPAÑA

JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA¹

En una sociedad democrática avanzada, como la española, la politización de la Justicia se percibe como intervención inapropiada de la política en la Justicia, situada en el mismo camino, pero en el otro sentido de la marcha, que la judicialización de la política, que se percibe como intervención inapropiada de la Justicia en la política. En ambos casos, se consideran serias desviaciones del ideal de la separación de poderes que se ha erigido en piedra basilar de la construcción del Estado en la Edad Contemporánea.

Pero, ¿a qué nos referimos cuando se habla de politización de la Justicia o de judicialización de la política? ¿cuál es la situación actual existente en el Estado español? Dar respuesta fundamentada a estas cuestiones nos obliga a mirar al pasado con un breve recorrido histórico sobre cómo se concibieron la separación de poderes y la independencia judicial en las revoluciones liberales, y cómo evolucionaron esos conceptos desde el Estado liberal Derecho al Estado social y democrático de Derecho.

1. EL IDEAL DE LA SEPARACIÓN DE PODERES EN EL ESTADO LIBERAL DE DERECHO, EN PARTICULAR EL DE INSPIRACIÓN FRANCESA

El ideal de la separación de poderes fue enunciado por Montesquieu en *El espíritu de las leyes* (1748), en el celebérrimo capítulo dedicado a la Constitución de Inglaterra (Capítulo VI del Libro IX), que es uno de los textos más famosos, reproducidos e inspiradores de la historia de las ideas. Sin embargo, Montesquieu ni siquiera dejó claro si los poderes a que aludía lo eran en sentido político o jurídico. En la cátedra, a día de hoy, se abre camino una lectura revisionista que los entiende en sentido

¹ Magistrado especialista de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Profesor asociado de Derecho Procesal de la Universidad de Coruña. ORCID ID: 0000-0002-4629-0539.

político (el rey, la nobleza y el pueblo)². Los revolucionarios franceses y americanos lo entendieron en sentido jurídico (Legislativo, Ejecutivo y Judicial). Pero aquí se acabaron los consensos de las revoluciones liberales pues la separación de poderes y la independencia judicial se entendieron distinto a ambos lados del Atlántico.

En los Estados Unidos de América, la separación de poderes de Montesquieu se entendió como un sistema de frenos y contrapesos («checks and balances»), instaurado en particular por desconfianza hacia el Poder Legislativo (en palabras de Madison, uno de los padres de la Constitución: «el órgano legislativo extiende por doquier la esfera de su actividad y arrastra todo el poder bajo su torbellino impetuoso»³). Tal concepción de la separación de poderes y la desconfianza hacia el legislativo posibilitó que el Presidente del Tribunal Supremo más importante de la historia de los Estados Unidos, John Marshall, admitiera la revisión judicial de las leyes en *Marbury vs. Madison* (1803)⁴. Y Alexis de Tocqueville, en *La democracia en América* (1835), constata que «los norteamericanos han reconocido a los jueces el derecho de fundamentar sus decisiones más sobre la Constitución que sobre las leyes», y ello es «una de las más poderosas barreras que se levantaron nunca contra la tiranía de las asambleas políticas».

Fue muy diferente la concepción de la separación de poderes en Francia, donde lo que había no era una desconfianza al legislativo sino una «méfiance des judges», una desconfianza hacia los jueces que venía desde antes de la Revolución pues los jueces de los Parlamentos (que, a pesar de su nombre, eran tribunales de justicia de ámbito provincial; el cargo de juez era venal y hereditario; también tenían alguna competencia administrativa) tenían «por su estatus, su educación y sus intereses personales, familiares y de clase» una actitud «extremadamente conservadora»⁵, y se opusieron, desde mediados del Siglo XVIII, a cualquier intento de modernización socioeconómica o política, aún los más moderados, que fueron propuestos por los Ministros del Rey.

No es de extrañar que cuando los Estados Generales reunidos en Versalles acordaron, en la «noche de la locura», abolir en su integridad todo el sistema feudal (el 4 de agosto de 1789), también acordaron en el mismo lote la abolición de los

² La lectura revisionista de Montesquieu surge de un estudio de Eisenmann, C. (1930). *L'Esprit des Lois et la séparation des pouvoirs*, Mélanges Carré de Malberg, París. L. Althusser en *Montesquieu: la Politique et l'Histoire*, Presses Universitaires, París, 1959 (*Montesquieu: la política y la historia*, Ariel, Madrid, 1979), afirma que «la famosa separación de poderes es solo el reparto ponderado del poder entre potencias determinadas: el rey, la nobleza, el pueblo» (p. 123, edición española).

³ J. Madison lo explicó en los *Federalist Papers* (1788), la cita del texto está en el número 48.

⁴ Sobre este caso, y otros de la época en orden a construir la supremacía de la constitución, véase Blanco Valdés, R. (2006). *El valor de la Constitución: separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Alianza Editorial, Madrid, pp. 165 ss.

⁵ Cappelletti, M. (1986). «¿Renegar de Montesquieu? La expansión y legitimidad de la justicia constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 17, p. 20. En sentido semejante sobre la «méfiances des judges», Díez-Picazo Giménez, L. M. (1992). «Notas de derecho comparado sobre la independencia judicial», *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 34, pp. 28-29.

Parlamentos. Y las leyes sobre organización judicial instauraron la elección popular de los jueces (en línea con Montesquieu), a los que se garantizaba la inamovilidad del cargo salvo prevaricación. Además, los jueces se debían limitar a ser (como quería Montesquieu) la «boca de la ley». Por ello, si en un caso debían interpretar la ley, no podían hacerlo por sí, sino que debían dirigirse al Parlamento para que este lo hiciera, en una función que pronto asumió un Tribunal de Casación que no pertenecía al Poder Judicial, sino que, bien que con autonomía, estaba integrado en el Poder Legislativo.

Lo vertiginoso de los acontecimientos revolucionarios durante la última década del Siglo XVIII en Francia no permitió la consolidación del sistema de elección popular de los jueces. Fue entonces que llegó Napoleón. En el Senado Consulto Orgánico de 4 de agosto de 1802 (Constitución del año X, en la que Napoleón asumió plenos poderes vitalicios), la organización del Poder Judicial era un remedio de la organización del Ejército. Basta leer algunos de sus artículos: Hay un «Gran Juez Ministro de Justicia» que «preside el Tribunal de Casación y los tribunales de apelación, cuando el Gobierno lo estime conveniente», y «tiene sobre los tribunales, los jueces de paz y los miembros que los componen, el derecho de vigilarlos y de reprenderlos». También el Tribunal de Casación, elegido por el Senado sobre una terna por plaza presentada por el Primer Cónsul, tenía derecho de censura y disciplina sobre los tribunales de apelación y estos asumían la vigilancia de tribunales inferiores, y estos, a su vez, sobre los jueces de paz.

De esta manera, se produce «la reorganización de los jueces de acuerdo con el modelo burocrático como cuerpo de funcionarios, concentrando en el Ejecutivo los mecanismos de selección y avance profesional, y estableciendo el correspondiente dispositivo disciplinario»⁶. Y así, «el juez funcionario es más el fruto de un Estado profundamente burocrático que auténticamente liberal»⁷. Una organización jerarquizada que remeda la de la *Grande Armée*. Tal resabio militar impregnó a las Carreras Judicial y Fiscal en Francia y en los países a los que inspiró. En España se manifiesta en denominaciones mantenidas en la Carrera Fiscal: «fiscal general», «tenientes fiscales» y las oficinas fiscales permanentes fuera de capital de provincia son «destacamentos».

Tal como lo entendieron los revolucionarios franceses, y con ello los países que siguieron la estela francesa durante todo el Siglo XIX y las primeras décadas del Siglo XX, el ideal de la separación de poderes garantizaba mucho mejor la derivada de no judicialización de la política que la otra derivada de la no politización de la Justicia.

La no judicialización de la política se garantizaba a través de una exigencia de neutralidad ideológica de los jueces y ajeno a las convulsiones sociales: «el juez en la torre de marfil». Tal modelo de juez se justificaba en la estrecha concepción de

⁶ Andrés Ibáñez, P. / Movilla Álvarez, C. (1986). *El Poder Judicial*, Tecnos, Madrid, p. 41.

⁷ García Pascual, C. (1997). *Legitimidad democrática y Poder Judicial*, Ediciones Alfons el Magnànim, Valencia, p. 112.

la función de juzgar basada en el dogma de que «el juez es la boca de la ley», y se garantizaba a través de un amplio elenco de incompatibilidades, prohibiciones y responsabilidades disciplinarias basadas en conceptos jurídicos indeterminados (como la sanción por conductas inmorales o que desmerecieran el cargo) cuya aplicación, dada la burocratización, le correspondía en última instancia al Ministro de Gracia y Justicia. Pero se trataba de una falsa neutralidad porque si la igualdad no existía en las leyes decimonónicas, ni a estas le preocupaba la igualdad en la sociedad, «esa consideración aparentemente perfecta de la neutralidad ideológica del juez era la correa de transmisión de la consolidación del sistema burgués que estaba en la base ideológica de la ley»⁸.

La no politización de la Justicia se pretendía conseguir con ciertas garantías de independencia judicial reconocidas a veces en las mismas constituciones liberales (como la garantía de inamovilidad del cargo, la incompatibilidad con cargos públicos, o el aforamiento para la destitución de los magistrados), que, sin embargo, no funcionaron con eficacia por varias causas que se explican con el modelo napoleónico de Justicia.

En primer lugar, porque la política invadió los altos cargos de la Justicia que, a consecuencia de la jerarquización de la Carrera Judicial, garantizaban la aplicación de las leyes en los términos deseados por el Gobierno de turno que los había nombrado. En España, el Ministro de Gracia y Justicia asumió, desde 1843 a 1850, la Presidencia del Tribunal Supremo, y el nombramiento de este, de los Presidentes de Sala y de los Magistrados del Tribunal Supremo conoció, con mayor o menor intensidad, constantes intromisiones del Poder Ejecutivo. Además, eran habituales las «puertas giratorias». En España, de los 186 magistrados y fiscales del Tribunal Supremo en el período comprendido desde 1836 hasta 1881, 121 ostentaron representación política, 95 tuvieron la condición de diputados y 86 la de senadores (incluso 60 compatibilizaron ambas condiciones); esta representatividad política, alcanzó el 65% del total del colectivo de los magistrados del Tribunal Supremo durante todo ese período de tiempo. Una situación de este tipo solo cabe calificarla de politización del Tribunal Supremo⁹.

En segundo lugar, porque el sistema burocrático de Carrera Judicial desconoció un desarrollo coherente de las garantías independencia judicial que quedaba vacía de contenido a través de mecanismos como la designación de los jueces por el Ministro de Gracia y Justicia al margen de la oposición o del concurso de méritos. O como los informes reservados o los juicios de idoneidad emitidos por la superioridad jerárquica para acordar una promoción profesional o para autorizar un simple traslado voluntario. Gracias a estos mecanismos y otros semejantes se instauró un sistema de «disciplina de hierro», que encontró su plasmación modélica en la Italia de principios del

⁸ Lousada Arochena, J. F. / Ron Latas, R. P. (2015). *La independencia judicial*, Dykinson, Madrid, pp. 45-46.

⁹ Conclusión y datos tomados de la tesis doctoral de Díaz Sampedro, B. (2004). *La politización de la Justicia: el Tribunal Supremo (1836-1881)*, acceso abierto en E-Print Complutense.

Siglo XX, durante el desempeño de Vittorio Emmanuel Orlando como Ministro de Gracia y Justicia. Pero, a pesar de ese sonoro nombre, el sistema no funcionaba a base de continuas inspecciones y sanciones. Si así hubiera sido no hubiera podido perdurar tanto como duró (en España hasta la Transición): «Su triunfo y permanencia durante tan dilatado periodo no se entiende sin el consenso de la mayoría de la Magistratura en una Administración de Justicia fuertemente jerarquizada, en la que los resortes ideológicos se anteponían a los jurídico-disciplinarios y en la que la presencia del Ejecutivo se realizaba de una forma discreta, principalmente a través de sus hombres de confianza»¹⁰.

2. DEL ESTADO LIBERAL DE DERECHO AL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO: EL PAPEL DE LA JUSTICIA EN UN NUEVO ESCENARIO

Durante las primeras décadas del Siglo XX, y más intensamente tras la Segunda Guerra Mundial, se produjo la transición desde el Estado liberal de Derecho hacia el Estado constitucional de Derecho, o —usando la terminología de nuestra Constitución— hacia el Estado social y democrático de Derecho. Una transición que ha traído consigo cambios profundos en la función judicial. Apuntemos algunos factores de esos cambios.

Primero: El incremento de la intervención estatal propio del Estado social frente al Estado liberal no intervencionista conduce a un crecimiento exponencial del ordenamiento jurídico, y es un magnífico ejemplo la aparición de una nueva rama jurídica tan densa como es el Derecho del Trabajo y Seguridad Social. A su vez, el Estado democrático propugna el control judicial de toda actividad de la Administración Pública, y es un ejemplo la judicialidad de los actos de gobierno ante la Jurisdicción contencioso administrativa, tradicionalmente excluidos de control judicial. El resultado es el que, hace años, apuntó Shirley Hufstdele, abogada, jueza y política estadounidense: «Pedimos a los tribunales que defiendan nuestra libertad, que reduzcan las tensiones raciales, que condenen la guerra y la contaminación, que impongan penas, que compensen las diferencias entre los individuos, que resuciten la economía, que nos tutelen incluso antes de nacer, que nos casen, que nos concedan el divorcio y, si no que nos sepulten, al menos que aseguren que se paguen los gastos de nuestro funeral»¹¹.

Segundo: A consecuencia de lo anterior, las normas jurídicas cambian en su estructura y en su contenido, en especial las normas de carácter social que, además de su textura muy abierta, suelen normativizar valores o principios en los cuales se sustentan, y su correcta aplicación no se sujet a la tradicional regla de subsunción

¹⁰ Gimeno Sendra, J. V. (1981). *Fundamentos del Derecho Procesal*, Civitas, Madrid, p. 77.

¹¹ Hufstdele, S. (1971). «New Blocks for Old Pyramids: Reshaping the Judicial System», *Southern California Law Review* 44, p. 901.

de los hechos en el presupuesto de la norma característica de la exégesis positivista, sino a una regla de ponderación según la cual los jueces deben decidir en cada caso la solución que mejor se acomoda a los valores o principios normativizados. «De una función judicial retrospectiva que mira hacia la norma situada en el pasado se ha pasado a una función judicial prospectiva que mira hacia valores y principios a realizar en el futuro»¹².

Tercero: La profundización en valores democráticos tras la Segunda Guerra Mundial que ha cristalizado en el Estado democrático de Derecho, ha determinado la instauración de Tribunales Constitucionales como consecuencia del reconocimiento del carácter normativo de la Constitución que negaba el Estado liberal de Derecho. Por otro lado, la preocupación por los derechos humanos y el entendimiento entre las naciones ha posibilitado tratados internacionales que han instaurado tribunales supranacionales: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o el Europeo de Derechos Humanos. Y aunque estos tribunales no son Poder Judicial, en el imaginario social están en el Mundo de la Justicia y de ellos se predica también la politización que ocupa nuestra atención.

Cuarto. Consecuencia de todo lo anterior, el Poder Judicial, y más aún esos otros tribunales (TC, TJUE y TEDH), hacen cosas que antes solo podía hacer el Poder Legislativo: El Tribunal Constitucional puede declarar inconstitucional una ley y el Tribunal de Justicia contraria al Derecho de la Unión Europea, y el Poder Judicial puede instar esas declaraciones a través de cuestiones prejudiciales. También el Poder Judicial puede inaplicar una ley contraria a las normas internacionales o de derecho comunitario. O sea, si el Poder Judicial puede instar la inconstitucionalidad de una ley ante el Constitucional, e incluso inaplicarla de ser contraria a normas supranacionales, la conclusión es que el Legislativo pierde protagonismo a favor del Judicial, porque este puede hacer lo que antes solo podía hacer aquél a través de la derogación de las leyes.

En suma, el Estado constitucional de Derecho altera la tradicional función del Poder Judicial y sus relaciones con el Poder Legislativo. Altera la tradicional función del Poder Judicial porque el juez no es solo la boca de la ley que convertía al Poder Judicial, en palabras del propio Montesquieu, en un «poder nulo». La neutralidad ideológica del juez o jueza se declina hoy en día en clave de valores constitucionales: quien los aplica está aplicando correctamente el Derecho; quien no, introduce ideología. Como dice Antoine Garapon, los jueces son, hoy en día, los «guardianes de las promesas» que en su día se hizo la ciudadanía a través de la Constitución y de las leyes y que a sus representantes políticos hay que recordarles cuando a estos se les olvidan¹³.

A su vez, se alteran las relaciones entre el Poder Judicial con el Poder Legislativo pues el protagonismo se desplaza del legislador a favor de los jueces, de modo que

¹² Guarnieri, C. / Pedrazoli, P. (1999). *Los jueces y la política*, Taurus, Madrid, pp. 19 y 20.

¹³ Garapon, A. (1997). *Juez y democracia*, Flor del Viento, Barcelona, p. 28.

«el legislador debe resignarse a ver sus leyes tratadas como partes del Derecho, y no como todo el Derecho», y, además, que «los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho desconocida en los ordenamientos del Estado de Derecho legislativo». Si bien los jueces «no son los señores del Derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador», pues este «puede pretender, tanto de los jueces como de la corte constitucional, que se mantengan abiertas las posibilidades de ejercitar su derecho a contribuir políticamente a la formación del ordenamiento jurídico»¹⁴.

3. JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Vistos los profundos cambios que en la función judicial ha supuesto la transición del Estado liberal de Derecho al Estado constitucional de Derecho, se han alterado profundamente las relaciones entre política y Justicia existentes en Francia y en los países que hemos seguido su estela. Pero también en los Estados Unidos de América.

Desde la perspectiva de la política, se ha llamado la atención sobre su judicialización. John Ferejohn, Profesor de ciencia política de Stanford, lo sintetiza así: «Desde la última guerra mundial ha habido un profundo cambio en el poder alejándolo del legislativo en dirección de los tribunales y otras instituciones de Derecho. Este cambio —llamado judicialización— se ha tornado más o menos mundial en su alcance y es tan marcado en Europa ... como lo ha sido en los Estados Unidos»¹⁵. Un proceso en el cual también se podrían encontrar ejemplos en Europa del Este y América Latina. Y es que los tribunales (incluyendo los constitucionales y los supranacionales) han ocupado, en Europa Occidental, terrenos hasta ahora ignotos en orden a limitar la actividad de las legislaturas, e incluso en los Estados Unidos, donde hay una larga tradición en el control judicial de las leyes, se ha producido un aumento significativo del ámbito de la revisión judicial, que no solo abarca a las leyes como producto legislativo, también el escrutinio sobre la regularidad de los procesos electorales o de los procedimientos internos de los órganos legislativos. Cuestión esta última que en nuestro país ha tenido un episodio reciente, inédito hasta ahora en nuestra historia constitucional, en relación con la suspensión acordada cautelarmente por el Tribunal Constitucional de la votación en el Senado de una reforma para desbloquear la renovación del propio órgano de garantías¹⁶.

¹⁴ Zagrebelsky, G. (2008). *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, p. 153.

¹⁵ Ferejohn, J. (2002). «Judicialización de la política, politización de la ley», *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales*, vol. 45, núm. 184, pp. 13 ss.

¹⁶ Sobre esta cuestión: (1) Avalando la actuación del TC: De la Nuez Sánchez-Cascado, E. (2022). «Crisis constitucional», *El Mundo*, 21/12/2022; Aragón Reyes, M. (2022). «El TC ha actuado correctamente», *El Mundo*, 23/12/2022. (2) Criticando la actuación del TC: Presno Linera, M. A. (2022). «El constitucional en la maraña de la política», *El País*, 20/12/2022; De la Quadra Salcedo, T. (2022), «Una decisión insólita», *El País*, 23/12/2022; López Garrido, D. (2023). «Salvar al Tribunal

Pero la judicialización no se limita a la cada vez más importante intervención de los tribunales en la hechura de políticas. Que los tribunales intervengan hace que los órganos legislativos, y en general los actores políticos, consideren la posibilidad de una reacción judicial a la hora de tomar una decisión. Las leyes deben ser adoptadas de forma que la legislación no sea echada para abajo o interpretada de modo indeseable. No hacerlo así puede llevar a consecuencias como las vividas con la ley del solo sí es sí en que la responsabilidad del resultado no es imputable a la Judicatura, sino a una Legislatura que no ha considerado los mimbres legales con que los tribunales juzgan. Tales precauciones legislativas se exacerbaban cuando los proyectos legislativos rozan los límites constitucionales, y hacen que toda la tramitación se decline en clave de eludir la anulación judicial, en todo o en parte, de la futura ley: el caso de la proposición de ley de amnistía que acaba de ser aprobada es un ejemplo paradigmático de esa prevención, acompañada en ocasiones con advertencias más o menos solapadas al Poder Judicial para que aplique la recién nacida ley acorde con la voluntad del legislativo (lo que, dicho sea de paso, quien interpreta debe siempre intentar para hacer coincidir en la medida de lo posible la ley con su finalidad; pero tampoco puede eludir la concordancia con el resto del ordenamiento jurídico ni los demás elementos de la interpretación).

Quizás en un sentido no tan técnico como el manejado por el Profesor de Stanford, con la expresión judicialización de la política también se alude a situaciones de exigencias de responsabilidad penal a quienes ejercen o han ejercido cargos políticos. A veces los procesos penales están instrumentalizados dando lugar a persecuciones del adversario político. Pero otras veces obedecen a una realidad acreditada en juicio y han acabado en condenas, un fenómeno que, si siempre existió, parece hoy día más usual a consecuencia de una trascendencia mediática y política hasta ahora desconocida. En Europa, la lista de Jefes de Estado o Gobierno condenados por acciones cometidas en el ejercicio de su cargo crece año a año e incluye al ex Primer Ministro de Portugal, José Sócrates, o al ex Presidente de Francia, Nicolas Sarkozy; en ambos casos, incluyendo condenas de soborno. En los Estados Unidos acaba de entrar en esta ominosa lista el ex Presidente Donald Trump por la decisión de un jurado que seguramente se recurra.

Los procesos de exigencia de responsabilidades judiciales a líderes políticos han determinado el nacimiento de un nuevo tópico político: el «lawfare»¹⁷. El término era utilizado en el contexto anglosajón para designar la utilización de recursos legales o ilegales para derrocar a un gobierno enemigo sin necesidad de acudir a la interven-

Constitucional», *El País*, 02/01/2023. En misma línea crítica, Ridaor Martín, J. (2023). «El control constitucional del parlamento y la juridificación de la vida política», *Revista Española de Derecho Político*, núm. 117, pp. 73-98.

¹⁷ Sobre ello en *La amnistía en España: Constitución y Estado de Derecho* (dirs: Aragón Reyes, M. / Gimbernat Ordeig, E. / Ruiz Robledo, A., Dykinson, Madrid, 2024), hay tres aportes: «La degradación del estado de derecho y el falso lawfare» de Garrido Mayol, V.; «Amnistía y «lawfare» de Pérez Sánchez, G.; y «Lawfare y neolenguaje político» de Silva Sánchez, J. M.

ción armada: sería una suerte de golpe de estado blando. La traslación del concepto a la política se produjo como argumento de defensa de Lula da Silva en Brasil, y después invocado por Cristina de Kischner en Argentina y Rafael Correa en Ecuador. Con esta nueva conceptualización, el «lawfare» sería la utilización de medios legales irregulares y la instrumentalización de la opinión pública por funcionarios de derechas, jueces, medios de comunicación y agentes de inteligencia conchabados con la finalidad de neutralizar líderes políticos progresistas. Aludir a la supuesta novedad del fenómeno como algo que nunca se había hecho antes es, ciertamente, un fuerte argumento de defensa. Pero lo cierto es que la persecución judicial de adversarios políticos no es nada novedoso, ni en América Latina ni en el resto del Mundo, y que las estadísticas de condenas incluyen a líderes de derechas, incluso en mayor número en América Latina. De ahí las críticas doctrinales a la propia existencia del concepto: «si no se acepta que ha existido siempre, o que las víctimas del lawfare son exclusivamente progresistas, entonces, el lawfare no existe»¹⁸. Sería el «lawfare» un simple «fenómeno retórico», lo que no ha impedido manifestar preocupación por su éxito en el discurso político porque «pone en entredicho la legitimidad de la ley como instrumento de petición social y político y a la arena judicial como ámbito para la resolución de problemas sociales»¹⁹.

El tópico del «lawfare» ha tenido una fuerte entrada en el discurso político español a consecuencia de las reivindicaciones de los partidos políticos independentistas catalanes, y ello aunque su utilización por estas opciones políticas no se ajusta exactamente a cómo se ha construido el tópico en el ámbito latinoamericano. Hay, desde luego, un elemento en común con la experiencia latinoamericana, y es que la invocación del «lawfare» aparece en un contexto de fuerte polarización ideológica. Sin embargo, la idea de un «lawfare» como estrategia sistémica coordinada de funcionarios, jueces, políticos, fuerzas de seguridad e incluso poderes económicos, no parece muy ajustada a la realidad española. Ciertamente, en España ha habido casos de instrumentalización de la justicia con la finalidad de acabar con adversarios políticos que, después de años de sufrir pena de banquillo, han acabado absueltos; e incluso se ha llegado a condenar a un juez por participar en una trama para acabar con una política procedente de la Judicatura. Pero aquella instrumentalización ha operado tanto a la derecha como a la izquierda, aparte de que poco «lawfare» puede haber como fenómeno sistémico cuando el propio sistema acaba decidiendo en términos contrarios al «lawfare». El problema está en que, aunque el «lawfare» sea una hipérbole retórica, su solo uso cambia el discurso político y la instrumentalización del concepto puede justificar importantes brechas en la separación de poderes, como ocurriría si se implantasen comisiones parlamentarias para el control de la Judicatura, y, en general, puede generar una nueva corriente de «méfiance des judges» que

¹⁸ Gándara Pizarro, J. M. / Gándara Pizarro, F. H. (2022). «Lawfare», *Eunomía*, núm. 22, p. 284.

¹⁹ Smulovitz, C. (2022). «Del «descubrimiento de la ley» al «lawfare» o cómo las uvas se volvieron amargas», *Revista SAAP*, vol. 16, núm. 2, p. 253.

posibilite periodos de sumisión judicial al poder político como los conocidos durante el Siglo XIX y XX en sistemas burocráticos de Carrera Judicial que pensábamos habían pasado a la historia.

4. POLITIZACIÓN DE LA JUSTICIA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Partiendo de la situación de politización judicial imperante en el Estado liberal de Derecho al estilo francés en el Siglo XIX y hasta mediados del Siglo XX, se pretendió su corrección tras la Segunda Guerra Mundial dentro del contexto de la transición al Estado constitucional de Derecho. La más reconocible de las soluciones fueron los consejos de la magistratura con competencias de gestión del estatuto judicial, y en particular en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario como aspectos más críticos del estatuto judicial desde la perspectiva de la independencia judicial. Así fue que se instauraron en un principio en los países con modelo judicial de inspiración napoleónica (Francia, Italia), más adelante en democracias post-corporativas también con modelo judicial de inspiración napoleónica (Portugal, España donde el CGPJ aparece exigido en el artículo 122 de la CE), y actualmente aparecen estas instituciones garantistas con alcance más universal (están muy extendidos en toda Europa y también, no siempre con éxito, en América Latina)²⁰.

En teoría, la música suena bien: los consejos de la magistratura se conciben como órganos de alcance constitucional que detraen del piélagos ministerial la gestión del estatuto judicial para garantizar la independencia de jueces y juezas frente a los demás Poderes del Estado. Si bien regulados, indudablemente son la propuesta garantista de la independencia judicial potencialmente más efectiva. Las asambleas de jueces o las asociaciones judiciales no son unas garantías potencialmente tan efectivas en la defensa de la independencia judicial como lo son los consejos de la magistratura, bien por ser no permanentes, bien por responder a lógicas reivindicativas profesionales.

Siendo buena la música, la letra no acaba de concretarse, y probablemente en ello ha pesado la novedad de los consejos de la magistratura. Esto es particularmente cierto en España. Y es que si algo ha caracterizado al desarrollo legislativo del artículo 122 de la CE en relación con el CGPJ, ha sido su alta volatilidad, pues se pueden identificar hasta cuatro modelos (y en marcha está el quinto) cada uno de los cuales ha generado conflictos institucionales que han obligado a buscar su reforma y con ella la configuración de otro nuevo: el primero de elección judicial de los miembros provenientes de la Judicatura (LO 1/1980); el segundo de elección parlamentaria de

²⁰ Véase ampliamente, Pérez-Cruz Martín, A. / Suárez Robledano, J. M. (2015). *Independencia Judicial y Consejos de la Judicatura y Magistratura (Europa, EEUU e Iberoamérica)*, Atelier, Barcelona; y Ron Latas, R. P. / Lousada Arochena, J. F. (2017). «Los consejos de la magistratura y otros modelos de gobierno judicial», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade de Coruña*, vol. 21, pp. 300-313.

todos los miembros y competencias restringidas (LO 6/1985); el tercero, implantado progresivamente (LLOO 16/1994, 9/2000, 2/2001, 19/2003, 2/2004, y 3/2007), con ampliación de competencias en el cual, aunque sigue la elección parlamentaria de los vocales judiciales, se introdujo una fase previa de elección de candidatos por la Carrera Judicial; y el cuarto modelo (LO 4/2013), caracterizado por el presidencialismo y el funcionamiento ordinario en comisión permanente, desplazando al pleno y motivando la existencia de dos clases de vocales (con dedicación absoluta y otros a tiempo parcial).

Queda fuera de nuestro objetivo y exigiría mucho más espacio²¹, analizar en detalle qué episodios concretos han llevado al fracaso de cada modelo (algo diremos al respecto en relación con el fracaso del cuarto modelo). Pero sí apuntaremos algún porqué general explicativo de los sucesivos fracasos de los modelos, y es el de que los consejos de la magistratura han abierto terrenos de conflicto hasta ahora inexistentes.

Un terreno de conflicto novedoso deriva de que, por paradójico que suene, la independencia judicial de juezas y jueces debe ser garantizada también frente al órgano que es su garante institucional, pues el ejercicio de sus competencias puede ser utilizado con finalidades de control sobre la Carrera Judicial volviendo a situaciones más propias del histórico sistema de disciplina de hierro, si bien complementado o incluso sustituido por un sistema de recompensas a través de los nombramientos discrecionales. Las huelgas de jueces en España han tenido precisamente como uno de sus ingredientes esenciales la exigencia de reconocimiento de la independencia judicial frente a su propio órgano de gobierno (en particular la primera, de 2008, cuyo detonante fue el linchamiento político, institucional, social y mediático de un juez de instrucción²²).

Otro terreno de conflicto novedoso se deriva de la entrada de los consejos de la magistratura en el escenario institucional preexistente sin que su papel acabe de consolidarse, acaso no tanto en la ley, donde las competencias pueden estar delimitadas al detalle, como en la realidad práctica. En ordenamientos como el nuestro, donde el Poder Legislativo ostenta competencias para designar a la totalidad de sus miembros, se corre el riesgo adicional de reproducir en el seno del CGPJ la división partidista del Poder Legislativo, lo que repercute en el ejercicio de sus competencias, en particular en relación con los informes de proyectos de ley (cuya discusión en el

²¹ Sobre la historia del CGPJ: Ballester Cardell, M. (2007). *El Consejo General del Poder Judicial. Su función constitucional y legal*, CGPJ, Madrid; Sánchez Barrios, M. I. (2009). *La elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial español y de sus homólogos europeos*, Tirant lo Blanch, Valencia; Gerpe Landín, M. / Cabellos Espírérez, M. A. (2013). *El gobierno del poder judicial en el estado autonómico: evolución y perspectivas de reforma*, Marcial Pons, Barcelona; Lousada Arochena, J. F. / Ron Latas, R. P. (2018). *El Consejo General del Poder Judicial*, Punto Didot, Madrid.

²² Sobre el caso Tirado: Rodríguez-Piñero Royo, M. (2009). «La huelga de los jueces», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 2, pp. 48-55; Sánchez Morón, M. (2009), «De la huelga de los jueces y otras cuestiones conexas», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 3, pp. 36-43; De la Sierra Morón, S. (2009). «Panorámica del derecho de huelga de jueces y magistrados en el Derecho comparado», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 8, pp. 44-51.

seno del CGPJ tiene el riesgo de calcar la discusión política, convirtiéndolo en una suerte de miniparlamento). Para evitar esta caja de resonancia, el Poder Ejecutivo a veces ha eludido esos informes con la técnica de que el partido gobernante presenta directamente ante el Parlamento una proposición de ley, técnica no muy respetuosa con el papel institucional del CGPJ y que este responde con un informe que no se le ha pedido, lo que se puede valorar como un exceso en el uso de sus competencias. De este modo, hay munición para ambos bandos en orden a una mayor polarización de la política judicial.

Junto a estos nuevos escenarios donde se cuestiona la politización de la Justicia, encontramos también los escenarios más clásicos, en los cuales se verifica la composición politizada de los tribunales, su funcionamiento interno y el propio sentido de sus decisiones desde una lectura política. En cuanto a lo primero, y en relación con el Poder Judicial, en nada ayuda el cuestionamiento del sistema de nombramientos discrecionales hecho por un órgano de gobierno designado íntegramente por el Parlamento, que tiene el riesgo de prácticas nocivas como el cambio de cromos o el padrinazgo asociativo, y que, en todo caso, conduce a catalogar a jueces y juezas de conservadores o progresistas según quienes los hayan apoyado en sus nombramientos. No se trata de cuestionar la valía profesional de quienes han sido nombrados (que sin duda la tienen), sino de exigir que esa valía se verifique por sistemas que satisfagan una apariencia de independencia, con lo que supondría de reforzar la independencia judicial.

Y todos estos escenarios, viejos y nuevos, se proyectan ahora no solo sobre los órganos integrantes del Poder Judicial, también sobre los nuevos tribunales creados en el contexto del Estado constitucional de Derecho que, sin ser Poder Judicial, conforman, dicho *grosso modo*, el Mundo de la Justicia: el TC, el TJUE o el TEDH. Obviamente, la designación de los miembros de estos tribunales no judiciales (en particular, el TC) tienen un componente político innegable y en muchos casos han actuado con un claro activismo judicial (es el caso del TJUE), pero ese componente se está exacerbando con algunas actuaciones. Por ejemplo, la tendencia, detectada en EEUU ya en 2002, a designar a jueces de ideología más extrema, y más jóvenes, para que la designación deje mayor y más duradera huella ideológica en la jurisprudencia²³. O la práctica, apreciable en España, de que la designación de la Presidencia obedece a decisiones partidistas: «Nadie se molesta ya en ocultar que el Presidente del Tribunal Constitucional se indica desde fuera por los partidos políticos y ... solo en la primera formación del Tribunal los magistrados decidieron hacer caso omiso de las indicaciones del poder político»²⁴. Igualmente en la actuación orgánica del TC se ha llamado la atención sobre la trascendencia política de decisiones internas como el

²³ A esa tendencia aludió en 2002 J. Ferejohn («Judicialización ...», obra citada, pp. 46-49). Esa tendencia, añadimos nosotros, se ha confirmado en nombramientos posteriores para el TS de los EEUU.

²⁴ Rodríguez-Patrón, P. (2022). «Función y utilidad: Un acercamiento distinto al problema de la politización del Tribunal Constitucional», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 49, p. 274.

manejo de los tiempos de resolución, las recusaciones, o la apreciación de extralimitaciones competenciales²⁵.

No se acaban aquí los escenarios en los cuales se desarrollan fenómenos de politización no ya del estricto Poder Judicial, como más ampliamente del Mundo de la Justicia²⁶. Bastaría recordar las polémicas políticas en que está inmerso el Ministerio Fiscal, desde el cuestionamiento de los nombramientos dentro de la Fiscalía o sus actuaciones en asuntos de especial trascendencia política, hasta las discusiones sobre la idoneidad del Fiscal General del Estado que, si siempre han ocupado la atención política, en los últimos años se han vuelto discusiones cada vez más agrias, llegando al extremo, hasta el momento inédito, de que el Pleno del CGPJ haya considerado inidónea para el cargo a la persona propuesta por el Gobierno. Únase a ello su reciente imputación por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Y aún se podrían añadir las polémicas sobre el uso político de instituciones, como el indulto por parte del Gobierno, los recursos de inconstitucionalidad por parte de la oposición política, o la denuncia penal o el ejercicio de la acción popular por parte de cualquier actor político (recállquese lo de uso político, y por lo tanto desviado, de unas instituciones cuya legitimidad y uso dentro de los fines a los que sirven no se cuestionan en modo alguno).

5. EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL EN PROCESO DE DEGRADACIÓN INSTITUCIONAL

Aunque todos los modelos de CGPJ entraron en crisis, con la consiguiente degradación institucional, el cuarto modelo (instaurado en la LO 4/2013) ha sufrido una degradación agravada²⁷. Sin duda alguna, la causa principal ha sido su no renovación en plazo, al extremo de que el VII CGPJ más que duplicó su mandato constitucional de cinco años, lo que ha dañado a la institución y obligó a los vocales prorrogados a mantenerse en su cargo en cumplimiento de sus deberes, con el consiguiente desgaste personal y profesional. Nunca se había llegado hasta aquí, y eso que la renovación del CGPJ se viene caracterizando por la existencia de demoras cada vez más prolongadas. Tal cuestión trascendió nuestras fronteras a instancia de quienes habían sido propuestos para la renovación, y motivó una sentencia de condena a España (Sentencia de 22 de junio de 2023 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Lorenzo Bragado c. España). Pero la respuesta no fue, como impone la ley y como exigió el TEDH, iniciar negociación en el Congreso y el Senado, sino intentar un

²⁵ Más ampliamente, véase P. Rodríguez-Patrón, «Función ...», obra citada, en particular p. 277 ss.

²⁶ Un análisis más amplio de los fenómenos de politización de la Justicia en Rodríguez Blanco, V. (2017). *La politización de la justicia: claves de una realidad*, Tirant lo Blanch, Valencia.

²⁷ Así lo expresa Aragón Reyes, M., «¿Fue un error haber creado el CGPJ?», Conferencia pronunciada en el Curso «Problemas actuales del CGPJ» en la Escuela de Verano del Poder Judicial, Pazo de Mariñán, A Coruña, 05/07/2023.

acuerdo entre los representantes de los dos partidos mayoritarios bajo la tutela de la Comisión europea, una solución cuya única justificación fue la acuciante necesidad de un acuerdo que, afortunadamente, se acabó alcanzado, con la finalización de la agonía del VII CGPJ.

En el contexto de un CGPJ con mandato prorrogado, cobró nuevos perfiles la cuestión de los nombramientos discrecionales. Se trata de una problemática clásica que pone encima de la mesa la contradicción existente entre la libertad de voto de los vocales a la hora de apoyar a una u otra persona candidata, frente a un proceso de selección que se quiere objetivar lo más posible y así se aprobó el Reglamento 1/2010, sobre provisión de plazas de nombramiento discrecional, cuya correcta o incorrecta ejecución es la clave de si «es manifestación de una real preocupación del CGPJ por cumplir con sus funciones constitucionales respetando la independencia judicial o solo un formalismo jurídico que actúe como paraguas frente a impugnaciones judiciales»²⁸.

Problemática de los nombramientos discrecionales en la Carrera Judicial con otro reciente episodio judicial con respecto a la Presidencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, dando lugar a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de junio de 2023, Caso Alonso Saura c. España (que, con un voto disidente, desestimó la demanda de la magistrada preterida en el nombramiento)²⁹.

Siendo una problemática clásica y con un reciente episodio judicial, la problemática se exacerbó en el marco de un CGPJ prorrogado. Lo que motivó que, a través de la Ley Orgánica 4/2021, de 29 de marzo, se prohibiese la realización de nombramientos discrecionales tras la conclusión del mandato del CGPJ. Prohibición que solo cobra sentido si se parte de la premisa, que no se explicita, de que los nombramientos discrecionales tienen un componente político. Y más intensamente aún ello se demostró con la exclusión de la exclusión acometida a través de la Ley Orgánica 8/2022, de 27 de julio, lo que supuso la devolución al CGPJ de la facultad de nombramiento de dos magistrados del Tribunal Constitucional, precisamente a punto de acabar su mandato y fijando un plazo (incumplido) de tres meses para el nombramiento.

A esto aún se unieron las disfunciones en el funcionamiento interno³⁰derivadas de la división interna entre el bloque conservador y el bloque progresista (que no siempre funcionan como tales bloques, pero cuando lo hacen tiene un fuerte impacto en la opinión pública, en particular cuando lo hacen en los asuntos más delicados) y la dimisión del Presidente ante las dificultades de alcanzar un acuerdo en orden al nombramiento de Magistrados del Tribunal Constitucional, lo que condujo a una

²⁸ Ron Latas, R. P. / Lousada Arochena, J. F. (2018). «Nombramientos discrecionales en la Carrera Judicial» *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade de Coruña*, vol. 22, p. 368.

²⁹ Terrádez Salom, D. (2023). «Comentario introductorio y traducción de la Sentencia del TEDH recaída en el Caso Alonso Saura c. España de 8 de junio de 2023. Techo de cristal, desigualdad de género y politización en los nombramientos de altos puestos judiciales», *Lex Social*, 13 (2), pp. 1-34.

³⁰ Martín Guardado, S. (2023). «Polarización política y crisis en la renovación del Consejo General del Poder Judicial», *Revista de Derecho Político*, núm. 117, pp. 131-152.

compleja solución que pasó por la designación del vocal de más edad y, como no era Magistrado del Tribunal Supremo, una anómala bicefalia entre la Presidencia del Tribunal Supremo, que no pudo ocupar, y la Presidencia del Consejo General del Poder Judicial. Bicefalia que se mantuvo después tras la jubilación de dicho vocal y el nombramiento del siguiente de más edad, que correspondió a un vocal no togado.

6. EL PACTO DE RENOVACIÓN DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: ¿CAMBIO DE RUMBO O MÁS DE LO MISMO?

En el contexto de la degradación institucional descrita en páginas precedentes, el 25 de junio de 2024 se firmó en Bruselas, por los representantes del PSOE y del PP y con asistencia de la Vicepresidenta de Valores y Transparencia de la Comisión europea, el «Acuerdo para la renovación del CGPJ y la reforma de la LOPJ y el Estatuto Fiscal».

Con la finalidad (según se afirma en el mismo comienzo del documento) de «recuperar la normalidad institucional en el CGPJ y mejorar la LOPJ y el Estatuto Fiscal», se concretan una serie de acuerdos alrededor de tres distintos grupos temáticos.

— El primero es la renovación del CGPJ con arreglo a «una lista conjunta de candidatos de perfil profesional e independiente». Ciertamente, el nombramiento se realiza según los criterios de designación parlamentaria por el que se nombró el VII CGPJ. Pero hay ciertos elementos con los cuales los firmantes pretenden alejarse de la idea de reparto político de cargos. Y sin duda el más relevante es el de que «el Presidente del CGPJ y del Tribunal Supremo será aquel que decidan los miembros del CGPJ, tal y como dispone la ley». Se pretende así acabar con la nefasta práctica de que la Presidencia sea también pactada y anunciada por los partidos políticos firmantes. El posterior nombramiento de la actual Presidenta, Isabel Perelló, primera mujer en el cargo y de reconocido prestigio, ha sido muy bien recibido precisamente por haberse alejado de la dinámica partidista.

— El segundo es la reforma de la LOPJ y del Estatuto Fiscal con la finalidad de reforzar las garantías de independencia de jueces y magistrados en el ejercicio de la función jurisdiccional, así como de la Fiscalía General del Estado. Tal reforma se canaliza a través de una Proposición de LO de reforma de la LOPJ y del EOMF que se adjunta al Acuerdo y que, tramitada con urgencia, se aprobará en la misma semana del mes de julio, idealmente el mismo día, que el nombramiento de los nuevos vocales. Lo que ha fructificado en la LO 3/2024, de 2 de agosto.

Sintéticamente, las reformas acometidas son: el incremento de 15 a 20 años del tiempo de servicio en la Carrera Judicial para poder ser nombrado magistrado o magistrada del Tribunal Supremo; el establecimiento de un paréntesis de dos años para reingresar desde determinados cargos electivos o políticos en el servicio activo de la Carrera Judicial; un régimen de incompatibilidades para poder ser designado vocal no togado del CGPJ; la obligación de los candidatos a vocal del CGPJ de

comparecer ante la Comisión de nombramientos del Congreso o Senado; la elección de un suplente por cada vocal del CGPJ; la creación de una Comisión de Calificación en el CGPJ; la exigencia de mayoría de 3/5 para nombramiento de Presidente de Audiencia Provincial.

En cuanto al Fiscal General del Estado, se establecen una serie de incompatibilidades con la finalidad de evitar un paso directo desde el Gobierno (como ya ha ocurrido) u otros cargos políticos. También el deber de abstención si le afecta alguna de las causas de abstención establecidas para jueces y magistrados en la LOPJ.

Reformas a saludar positivamente pues reman en la misma dirección de separar la política de la Justicia, evitando en particular la existencia de las puertas giratorias.

— El tercero es la obligación, impuesta al nuevo CGPJ, de que, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la LO, realice un estudio sobre los sistemas europeos para elección de vocales en órganos análogos y apruebe, por mayoría de 3/5, propuesta de reforma del sistema de elección de los vocales togados que será trasladada al Gobierno y a las Cortes para su debate y, en su caso, su tramitación y su aprobación.

Aunque no es claro en qué acabará este proceso de reforma, hay tres cosas claras. La primera es la voluntad de reforma del sistema de nombramiento de vocales judiciales pues sino no se entiende esta obligación impuesta al nuevo CGPJ (y con una premura que se nos antoja excesiva). La segunda es que se hará para ajustarnos a estándares europeos. De hecho, las instancias europeas con competencias en la materia apuntan hacia un mayor protagonismo de los jueces y juezas en la elección de los vocales judiciales, y limitando la elección estrictamente parlamentaria a los vocales no togados: el Consejo de Europa a través de su Comité de Ministros³¹, el Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa (GRECO)³², el Consejo Consultivo de Jueces Europeos del Consejo de Europa³³, o la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho, Comisión de Venecia³⁴. Dentro de España, es la opinión de las asociaciones

³¹ La Recomendación CM/Rec(2010)12 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre los jueces: independencia, eficiencia y responsabilidades (17/10/2010) recomienda (punto 27) que «no menos de la mitad de los miembros de estos Consejos deben ser jueces elegidos por sus pares de todos los niveles del poder judicial y con respeto a la pluralidad dentro de la judicatura».

³² El GRECO recomienda en sus informes la elección directa de la mayoría de los vocales del órgano de gobierno por el cuerpo judicial. El último (2º Informe Cumplimiento – España, 4ª Ronda de Evaluación, adoptado 25/03/2021, publicado 30/09/2021), constata (puntos 36-44) que se incumple la recomendación de que «cuando existe una composición mixta de los consejos judiciales, para la selección de los miembros judiciales, se aconseja que estos sean elegidos por sus pares (siguiendo métodos que garanticen la representación más amplia del Poder judicial en todos los niveles) y que las autoridades políticas, como el Parlamento o el Poder ejecutivo, no participen en ninguna etapa del proceso de selección».

³³ La Carta Magna de los Jueces Europeos (17/10/2010) establece que «para garantizar la independencia de los jueces, cada Estado debe crear un Consejo de la Justicia u otro órgano específico, que sea independiente de los poderes ejecutivo y legislativo ... debe estar compuesto, bien en exclusiva por jueces, o, en su caso, por una mayoría sustancial de jueces elegidos por ellos mismos» (punto 13).

³⁴ En el «Informe sobre la independencia del sistema judicial. Parte I: La independencia de los jueces» (adoptado 12-13/03/2010), la Comisión de Venecia recomienda (punto 32) que, «salvo los

judiciales, aunque con ciertos matices entre unas y otras. Pero los partidos políticos se encuentran más divididos³⁵y, aunque sean respetables los posicionamientos de todos ellos, la polarización ideológica y la falta de consensos constitucionales, que es lo que ha propiciado la demora en la renovación del CGPJ, seguramente dificultará el llegar a buen puerto en el proceso de reforma del sistema de nombramiento de vocales togados. Hay, finalmente, una tercera cosa también clara: el éxito o el fracaso del pacto alcanzado entre los partidos políticos mayoritarios depende de que la reforma del sistema de nombramiento de vocales togados sea el resultado de un efectivo compromiso político para el fortalecimiento de la independencia judicial, y que ello sea así marcará la diferencia entre un real cambio de rumbo o más de lo mismo.

7. UNA REFLEXIÓN FINAL

A los inicios de la Edad Contemporánea, la separación de poderes y la independencia judicial, ideas inspiradas en los textos de Montesquieu, se interpretaron de manera diferente en los Estados Unidos de América y en Francia y en los países que hemos seguido la estela napoleónica, donde se derivó hacia una Justicia sin competencias reales de fiscalización de los otros Poderes del Estado, controlada y politizada. Posteriormente, el entendimiento de la independencia judicial cambió en el tránsito del Estado liberal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho, dando mayor poder de fiscalización al Judicial y restringiendo el poder omnímodo que el Legislativo disfrutó en Europa y cuyos excesos llevaron a la Segunda Guerra Mundial.

Conocer la historia es fundamental para no incidir en errores del pasado. Volver a la politización de la Justicia imperante en el Estado liberal de Derecho supondría detener los avances sociales y democráticos del Estado constitucional de Derecho. La democracia no solo son urnas y parlamentos, también son derechos que la ciudadanía puede reclamar ante el Poder Judicial y razones basadas en las leyes y la Constitución como norma suprema, con que el Poder Judicial legitima sus decisiones. Y la mejor garantía de que ello sea así son la separación de poderes y la independencia judicial.

Hoy en día, la separación de poderes y la independencia judicial siguen siendo y se siguen percibiendo en nuestras sociedades como valores basilares de nuestras democracias. Sin ellos no hay Estado de Derecho. No dejemos que esos valores se degraden retornando a situaciones históricas de retroceso; al contrario, debemos profundizar en ellos y aportar nuevos mecanismos para que sean reales y efectivos.

miembros ex officio, estos jueces deberían ser elegidos o nombrados por sus homólogos».

³⁵ Un estudio completo donde se recogen las propuestas de las instituciones europeas, las asociaciones judiciales, la doctrina y los partidos políticos es Ortega Gutiérrez, D. (2020). «Elección del Consejo General del Poder Judicial: un análisis panorámico», *Revista de Derecho Político*, núm. 114, pp. 13-45.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTHUSSER, L. (1959). *Montesquieu: la Politique et l'Histoire*, Presses Universitaires de France, París. Edición española: *Montesquieu: la política y la historia*, Ariel, Madrid, 1979.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. / MOVILLA ÁLVAREZ, C. (1986). *El Poder Judicial*, Tecnos, Madrid.
- ARAGÓN REYES, M. (2022). «El TC ha actuado correctamente», *El Mundo*, 23/12/2022.
- «¿Fue un error haber creado el CGPJ?», Conferencia pronunciada en el Curso «Problemas actuales del CGPJ» en la Escuela de Verano del Poder Judicial, Pazo de Mariñán, A Coruña, 05/07/2023.
- BALLESTER CARDELL, M. (2007). *El Consejo General del Poder Judicial. Su función constitucional y legal*, CGPJ, Madrid.
- BLANCO VALDÉS, R. (2006). *El valor de la Constitución: separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Alianza Editorial, Madrid.
- CAPPELLETTI, M. (1986). «¿Renegar de Montesquieu? La expansión y legitimidad de la justicia constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 17.
- DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, E. (2022). «Crisis constitucional», *El Mundo*, 21/12/2022.
- DE LA QUADRA SALCEDO, T. (2022), «Una decisión insólita», *El País*, 23/12/2022.
- DE LA SIERRA MORÓN, S. (2009). «Panorámica del derecho de huelga de jueces y magistrados en el Derecho comparado», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 8.
- DÍAZ SAMPEDRO, B. (2004). *La politización de la Justicia: el Tribunal Supremo (1836-1881)*, tesis doctoral en acceso abierto en E-Print Complutense.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M. (1992). «Notas de derecho comparado sobre la independencia judicial», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 34.
- EISENMANN, C. (1933). *L'Esprit des Lois et la séparation des pouvoirs*, Mélanges Carré de Malberg, París.
- FEREJOHN, J. (2002). «Judicialización de la política, politización de la ley», *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales*, vol. 45, núm. 184.
- GARAPON, A. (1997). *Juez y democracia*, Flor del Viento, Barcelona.
- GARCÍA PASCUAL, C. (1997). *Legitimidad democrática y Poder Judicial*, Ediciones Al-fons el Magnànim, Valencia.
- GARRIDO MAYOL, V. (2024). «La degradación del estado de derecho y el falso lawfare» en Aragón Reyes, M. / Gimbernat Ordeig, E. / Ruíz Robledo, A. (dirs.), *La amnistía en España: Constitución y Estado de Derecho*, Dykinson, Madrid.
- GERPE LANDÍN, M. / CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A. (2013). *El gobierno del poder judicial en el estado autonómico: evolución y perspectivas de reforma*, Marcial Pons, Barcelona.

- GIMENO SENDRA, J. V. (1981). *Fundamentos del Derecho Procesal*, Civitas, Madrid.
- GUARNIERI, C. / PEDRAZOLI, P. (1999). *Los jueces y la política*, Taurus, Madrid.
- HUFSTDELER, S. (1971). «New Blocks for Old Pyramids: Reshaping the Judicial System», *Southern California Law Review* 44.
- LÓPEZ GARRIDO, D. (2023). «Salvar al Tribunal Constitucional», *El País*, 02/01/2023.
- LOUSADA AROCHENA, J. F. / RON LATAS, R. P. (2015). *La independencia judicial*, Dykinson, Madrid.
- (2018). *El Consejo General del Poder Judicial*, Punto Didot, Madrid.
- MARTÍN GUARDADO, S. (2023). «Polarización política y crisis en la renovación del Consejo General del Poder Judicial», *Revista de Derecho Político*, núm. 117.
- ORTEGA GUTIÉRREZ, D. (2020). «Elección del Consejo General del Poder Judicial: un análisis panorámico», *Revista de Derecho Político*, núm. 114.
- PÉREZ SÁNCHEZ, G. (2024). «Amnistía y «lawfare»», en Aragón Reyes, M. / Gimbernat Ordeig, E. / Ruíz Robledo, A. (dirs.), *La amnistía en España: Constitución y Estado de Derecho*, Dykinson, Madrid.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. / SUÁREZ ROBLEDANO, J. M. (2015). *Independencia Judicial y Consejos de la Judicatura y Magistratura (Europa, EEUU e Iberoamérica)*, Atelier, Barcelona.
- PRESNO LINERA, M. A. (2022). «El constitucional en la maraña de la política», *El País*, 20/12/2022.
- RIDAO MARTÍN, J. (2023). «El control constitucional del parlamento y la juridificación de la vida política», *Revista Española de Derecho Político*, núm. 117.
- RODRÍGUEZ BLANCO, V. (2017). *La politización de la justicia: claves de una realidad*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (2009). «La huelga de los jueces», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 2.
- RODRÍGUEZ-PATRÓN, P. (2022). «Función y utilidad: Un acercamiento distinto al problema de la politización del Tribunal Constitucional», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 49.
- RON LATAS, R. P. / LOUSADA AROCHENA, J. F. (2017). «Los consejos de la magistratura y otros modelos de gobierno judicial», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade de Coruña*, vol. 21.
- (2018). «Nombramientos discrecionales en la Carrera Judicial» *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade de Coruña*, vol. 22.
- SÁNCHEZ BARRIOS, M. I. (2009). *La elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial español y de sus homólogos europeos*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (2009), «De la huelga de los jueces y otras cuestiones conexas», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 3.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2024). «Lawfare y neolenguaje político» en Aragón Reyes, M. / Gimbernat Ordeig, E. / Ruíz Robledo, A. (dirs.), *La amnistía en España: Constitución y Estado de Derecho*, Dykinson, Madrid.

- TERRÁDEZ SALOM, D. (2023). «Comentario introductorio y traducción de la Sentencia del TEDH recaída en el Caso Alonso Saura c. España de 8 de junio de 2023. Techo de cristal, desigualdad de género y politización en los nombramientos de altos puestos judiciales», *Lex Social*, 13 (2).
- ZAGREBELSKY, G. (2008). *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid.

Title:

Politization of Justice, judicialization of politics: State of the question in Spain.

Summary:

1. THE IDEAL OF THE SEPARATION OF POWERS IN THE LIBERAL RULE OF LAW, PARTICULARLY THAT OF FRENCH INSPIRATION. 2. FROM LIBERAL RULE OF LAW TO CONSTITUTIONAL RULE OF LAW: THE JUSTICE IN A NEW SCENARIO. 3. JUDICIALIZATION OF POLITICS IN CONSTITUTIONAL RULE OF LAW. 4. POLITIZATION OF JUSTICE IN CONSTITUTIONAL RULE OF LAW. 5. THE GENERAL COUNCIL OF THE JUDICIAL POWER IN THE PROCESS OF INSTITUTIONAL DEGRADATION. 6. THE RENEWAL PACT OF GENERAL COUNCIL OF THE JUDICIARY: CHANGE OF COURSE OR MORE OF THE SAME? 7. A FINAL REFLECTION.

Resumen:

La politización de la Justicia y la judicialización de la política se perciben por la ciudadanía como serias desviaciones del ideal de separación de poderes diseñado por Montesquieu. Pero la plasmación del ideal de separación de poderes fue distinta en los Estados Unidos de América, donde se admitió el control judicial de la constitucionalidad de las leyes, y en Francia y en los países europeos que siguieron su estela, como España, donde se implantó una carrera judicial burocratizada secuestrada por el Poder Ejecutivo a través de la ocupación política de altos cargos judiciales y de una disciplina de hierro. La transición del Estado liberal de Derecho al Estado constitucional de Derecho ha supuesto un cambio sustancial en la concepción de la función judicial, de la boca que dice la ley a ser guardián de las promesas. El Poder Judicial gana protagonismo frente al Poder Legislativo. En este nuevo contexto del Estado constitucional de Derecho, el estudio analiza la situación en España en relación con la judicialización de la política (control judicial de procesos legislativos; exigencia de respon-

sabilidades a cargos políticos; denuncias de «lawfare») y en relación con la politicización de la Justicia (que han derivado en una degradación institucional del Consejo General del Poder Judicial). Finalmente, se analizan los propósitos del Pacto de renovación del CGPJ alcanzado por los partidos mayoritarios y en especial si el Pacto ha supuesto mejora de presente y, sobre todo, hacia el futuro.

Abstract:

The politicization of Justice and the judicialization of politics are perceived by citizens as serious deviations from the ideal of separation of powers designed by Montesquieu. But the incarnation of the ideal of separation of powers was different in the United States of America, where judicial review of the constitutionality of laws was admitted from the beginnig, and in France and in the European countries that followed, such as Spain, where it was implemented a bureaucratized judicial career hijacked by the Executive Branch through the political occupation of high judicial positions and a system of iron discipline. The transition from the liberal rule of law to the constitutional rule of law has meant a substantial change in the conception of the judicial function, from the mouth that speaks the law to that of the guardian of promises. The Judicial Branch gains prominence over the Legislative Branch. In this new context of the constitutional rule of law, the study analyzes the situation in Spain in relation to the judicialization of politics (judicial control of legislative processes; demand for responsibilities from political officials; complaints of «lawfare») and in relation with the politicization of Justice (which has led to an institutional degradation of General Council of the Judiciary). Finally, the purposes of the CGPJ renewal Pact reached by the majority parties are analyzed and especially if the Pact has meant an improvement for the present and, above all, for the future.

Palabras clave:

Separación de poderes; Independencia judicial

Key words:

Separation of Powers; Judicial independence

